

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA



**REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DE LOS HIJOS ALIMENTISTAS
CONSIDERADOS EN EL ARTÍCULO 415 DEL CÓDIGO CIVIL EN
EL SEGUNDO Y TERCER JUZGADO ESPECIALIZADO DE
FAMILIA EN LA CIUDAD DE AREQUIPA**

Tesis presentada por el Bachiller:

WILVER ERNESTO TALAVERA QUIROZ

Para optar el Grado Académico de:

MAESTRO EN DERECHO DE FAMILIA

AREQUIPA – PERÚ

2016

INDICE

INTRODUCCIÓN	vii
ABSTRAC	viii
PRESENTACIÓN.....	ix

CAPÍTULO I

2.1.MARCO CONCEPTUAL TEÓRICO

2.2.CONCEPTOS BÁSICOS	11
2.2.1.PROBLEMAS PATERNO FILIALES	20
2.2.2.LA FECUNDACIÓN.....	20
2.2.3.PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.....	21
2.2.4.ACCIONES PATERNO FILIALES	22
2.2.5.FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL	29
2.2.6.ESTADO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL	30
2.2.7.RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO	31
2.2.8.CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO	32
2.2.9.SUJETO ACTIVO DEL RECONOCIMIENTO	33
2.2.10.SUJETO PASIVO DEL RECONOCIMIENTO	34
2.2.11.FORMAS DE RECONOCIMIENTO	35
2.2.12.EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO	35
2.2.13.INVALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO	36
2.2.14.DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL	39
2.2.15.CASOS EN QUE PROCEDE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL	39
2.2.16.ESCRITO INDUBITABLE	40
2.2.17.POSESIÓN CONSTANTE DEL ESTADO DE HIJO	40
2.2.18.CONCUBINATO	41
2.2.19.VIOLACIÓN, RAPTO Y RETENSIÓN VIOLENTA	42
2.2.20.SEDUCCIÓN.....	43
2.2.21.HIJO ADULTERINO	44
2.2.22.PROCEDIMIENTO	44
2.2.23.COMPETENCIA	44

2.2.24.TITULARES DE LA ACCIÓN	45
2.2.25.OPORTUNIDAD	45
2.2.26.CADUCIDAD	45
2.2.27.EMPLAZADOS	45
2.2.28.SENTENCIA	46
2.2.29.LA PRUEBA DEL ADN.....	46
2.2.30.INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD.....	48
2.2.31.MADRE DEL HIJO ALIMENTISTA.....	49
2.2.32.HIJOS ALIMENTISTAS	51
2.2.33.PROCEDIMIENTO.....	54
2.2.34.LA PRUEBA DE ADN.....	54
2.2.35.REFORMA.....	55
2.2.36.ALIMENTOS	56
2.2.37.CLASIFICACION DE LOS ALIMENTOS.....	57
2.2.38.LEGALES.....	57
2.2.39.VOLUNTARIOS.....	58
2.2.40.PERMANENTES O PROVISIONALES	58
2.2.41.CARACTERES DEL DERECHO ALIMENTARIO.....	59
2.2.42.OBLIGACIONES ALIMENTARIAS.....	61
2.2.43.IGUALDAD DE CONDICIONES PARA DAR Y RECIBIR ALIMENTOS	62
2.2.44.IMPROCEDENCIA PARA PEDIR ALIMENTOS	63
2.2.45.HIJO EXTRAMATRIMONIAL PURAMENTE ALIMENTISTA	63
2.2.46.DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO RECONOCIDO	65
2.2.47.ADOPCIÓN.....	68
2.2.48.REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN.....	69
2.2.49.MORALIDAD.....	70
2.2.50.EDAD REQUERIDA	70
2.2.51.CONSENTIMIENTO	71
2.2.52.RATIFICACIÓN	71
2.2.53.OPINIÓN DEL TUTOR, CURADOR O CONSEJO DE FAMILIA.....	71
2.2.54.ESTADO DE ABANDONO	72

2.2.55.PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN	72
2.2.56.PROCEDIMIENTO PARA MAYORES	72
2.2.57.PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MENORES	74
2.2.58.SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS	75
2.2.59.OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR	79
2.2.60.LEGISLACIÓN DE FAMILIA	82
2.2.61.REALIDAD	82
2.2.62.CÓDIGO CIVIL	82
2.2.63.PRESUNCION DE PATERNIDAD.....	85
2.2.30.CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES	87
2.2.64.CÓDIGO PENAL	89
2.2.65.CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	89
2.2.66.DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO HUMANO.....	91
2.2.67.DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	91
2.2.68.CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	93
2.3.ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.....	95

CAPÍTULO II


PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

REALIDAD JURÍDICA	99
CUADRO N° 1	99
NUMERO DE PROCESOS JUDICIALES POR ALIMENTOS SEGUN JUZGADOS	99
GRÁFICO 1	100
CUADRO N° 2.....	101
NUMERO DE PROCESOS RECHAZADOS.....	101
GRÁFICO 2	102
CUADRO N° 3.....	103
NUMERO DE PROCESOS SENTENCIADOS.....	103
GRÁFIO 3.....	104
CUADRO N° 4.....	105
NUMERO DE PROCESOS EN EJECUCIÓN.....	105
GRÁFICO 4	106

CUADRO N°5.....	107
PROCESOS CON MEDIDA CAUTELAR.....	107
GRÁFICO 5	108
CUADRO N° 6.....	109
PROCESOS CON APERCIBIMIENTO	109
GRÁFICO 6	110
CUADRO N° 7.....	111
PROCESO EN TRÁMITE.....	111
GRÁFICO 7	112
CUADRO N° 1.....	113
HIJOS ALIMENTISTAS SEGÚN SEXO.....	113
CUADRO N° 2.....	115
EDAD DE LOS HIJOS ALIMENTISTAS.....	115
CUADRO N° 3.....	117
EDAD DE LA MADRE DEMANDANTE EN EL MOMENTO DE LA CONCEPCION	117
CUADRO N° 4.....	119
ESTADO CIVIL DEL DEMANDADO POR ALIMENTOS COMO PRESUNTO PADRE DEL HIJO DE LA MADRE	119
CONCLUSIONES	121
SUGERENCIAS	122
BIBLIOGRAFÍA	124
ANEXOS	126
ANEXO 1 FICHAS BIBLIOGRÁFICAS.....	126
ANEXO 2 : PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	133
ANEXO 3: PROYECTO DE LEY	146

DEDICATORIA

A mi madre, Hilda quien
Me acompaña brindándome
Su amor y apoyo
Incondicional cada día



A mi hija Karen a quien
Quiero mucho y es mi razón
De ser

INTRODUCCIÓN

En el presente proyecto de investigación se encuentra el capítulo I el problema de investigación, donde encontramos el enunciado del problema, descripción del problema, variables, como también las interrogantes básicas que se formularon para el desarrollo de la investigación, el tipo de nivel de investigación y por último la justificación de la presente tesis en donde se argumentó a favor de la importancia del estudio que se va a desprender. En este mismo capítulo encontramos los conceptos básicos que sirvieron como base doctrinaria dando a conocer la argumentación del contenido para demostrar la pregunta y verificar si tiene fundamento la presente investigación; como también, los antecedentes del problema, en donde se interpretó las investigaciones que antecedieron a la nueva investigación; los objetivos donde se dio a conocer lo que se quiere lograr o pretende alcanzar; del mismo modo se encuentra la hipótesis donde se planteó una presunción para poder solucionar el problema materia de esta investigación.

En el capítulo II se desarrolló el planteamiento operacional aquí encontramos las técnicas e instrumentos que se desarrollaron para la ejecución de esta investigación, seguido del campo de verificación del problema y las estrategias de recolección el modo y medios, como también el análisis de datos en donde se da la interpretación de los datos con el que se va a concluir dicha investigación.

Arequipa, Julio del 2015

ABSTRAC

In this research project is Chapter I the research question, we find the problem statement, problem description, variables, as well as the basic questions that were asked to develop research, type of research level and finally the justification of this thesis where they argued for the importance of the study to be detached. In this chapter we find the basics that served as the doctrinal basis to publicize the content argument to prove the question and see if this research is unfounded; as the background of the problem, where the research leading up to the new research is performed; objectives which was unveiled what you want to achieve or to be achieved; just as is the hypothesis where a presumption to solve the problem of this research subject was raised.

In Chapter II the operational approach developed here are the techniques and instruments that were developed for the implementation of this research, followed by field verification problem and collection strategies mode and media, as well as data analysis where the interpretation of the data which will conclude this investigation is given.

Arequipa, july 2015

PRESENTACIÓN

Desde la promulgación del Código Civil, con fecha 24 de julio de 1984 continúa vigente el artículo 415 referido a los hijos alimentistas, dicho dispositivo legal desde ese entonces guardará una conexión lógica y congruencia con los artículos 402 y 403 de la norma acotada. Ello considerando que hasta antes de 1999 si era de aplicación dicho artículo referido a los hijos alimentistas pues para esa fecha no estaba contemplada la paternidad extrajudicial judicialmente a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas con igual o mayor grado de certeza.

A partir del 6 de enero de 1999 fecha en la que se promulga la Ley N° 27048 que modifica el artículo 402 y agrega un inciso referido a las pruebas del ADN u otras pruebas genéticas de igual o mayor grado de certeza que acredite el vínculo parental y deroga el artículo 403 referido a la improcedencia de la acción judicial de afiliación extramatrimonial si la madre en la época de concepción llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre, así también deroga el artículo 16 sobre la prueba de la conducta de la madre que era de aplicación el caso que se refería el artículo 5, lo dispuesto en el artículo 403.

El presente proyectodemuestra la indebida aplicación del artículo 415 del Código Civil en los procesos de alimentos ya no tiene razón de ser en la actualidad dado que se han derogado los artículos 403 y 416 del Código civil, referidos a la oposición de la declaración judicial de filiación extramatrimonial a raíz de la conducta deshonrosa de la madre, no obstante ello se viene utilizando dicho dispositivo legal para solicitar alimentos a favor de una persona que no tiene calidad de hijo frente al

demandado, además de no unirle ningún vínculo de parentesco establecido por la ley, la misma que sólo reconoce a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, los mismos que tienen igualdad de derechos ante la ley, a diferencia de los hijos alimentistas que la ley le concede derechos alimentarios a éste sin ser hijo del obligado a prestar alimentos y gozando indebidamente de este derecho alimenticio hasta cumplir la mayoría de edad llegando inclusive a solicitar asignación provisional de alimentos sin tener vínculo familiar y denunciar penalmente omisión a la asistencia familiar cuando el bien jurídico protegido en materia penal, es la familia.

De otra parte la madre del menor alimentista en la realidad más se preocupa en obtener una pensión en alimentos a favor del hijo alimentista sin importarle el interés superior de su hijo como es el derecho a un nombre o identidad que se debe de tramitar mediante un proceso de filiación y como consecuencia de ello gozar de todos los derechos que tiene legalmente todos los hijos reconocidos.

Arequipa, julio del 2015



CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO CONCEPTUAL TEÓRICO

Es necesario que el marco teórico en el presente proyecto, con carácter de necesidad tenga que ser extenso en razón de que los conceptos utilizados en el enunciado del problema e hipótesis tienen que ser conceptualizados con otros que les son inherentes.

2.2. CONCEPTOS BÁSICOS

PARENTESCO

“El parentesco es la relación que existe entre dos sujetos en virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción que conforman una familia.”(Varsi, 2004) El parentesco es el vínculo que une a los

miembros de la familia. El parentesco tiene tres fuentes u orígenes: natural, civil y religioso.

“Según el profesor Héctor Cornejo Chávez el parentesco es la relación o conexión familiar entre dos o más personas, que nace de la consanguinidad, adopción o la religión, excluyéndose a la afinidad”.¹ El parentesco puede definirse de manera general como el vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción.

Esta definición podría utilizarse igualmente para la filiación por adopción, pero debe tenerse en cuenta que existe una diferencia porque ésta última nace la voluntad legislativa de querer dar identidad y filiación a un niño que es adoptado por un individuo donde se establecerá además un vínculo de parentesco; y está la diferencia que existe entre los niños que han sido procreados biológicamente a la antigua y los creados científicamente o en laboratorio; en realidad la procreación asistida es una estrategia en materia de filiación, y es que en la doctrina mundial mayoritaria los hijos serán considerados naturales o legítimos o matrimoniales y extramatrimoniales o nacidos dentro de una unión legalmente establecida y los nacidos en la convivencia fuera del matrimonio; o producto de las relaciones accidentales, casuales o forzadas.

De lo dicho puede concluirse que el parentesco no surge solamente de la consanguinidad, sino también de la afinidad y de la adopción.

También es del caso manifestarse que en estos tiempos se distinguen la filiación legítima, la filiación natural, la filiación adulterina y la filiación incestuosa.

¹ Zavaleta Carruitero Wuilverder, Código Civil Tomo I; Editorial Rodhas, Segunda Edición, 2005; pág. 374

CLASES DE PARENTESCO

Actualmente se considera tres clases de parentesco; de consanguinidad, de afinidad y de adopción.

Parentesco de consanguinidad

Llamado también natural y existe entre personas que tienen vínculos de sangre en común, es decir, que descienden de un tronco común, como el existente entre los hijos de un mismo padre; entre dos primos hermanos en relación al abuelo, etc.

Por lo tanto, una persona siempre tendrá ascendientes, o sea, padres y abuelos, pero no necesariamente descendientes.

En el parentesco por consanguinidad hay líneas y grados. Entendiéndose por línea a la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común. La línea se divide en directa o recta y puede ser ascendiente o descendente.

La línea se divide en colateral, transversal u oblicua y la recta se subdivide en descendiente y ascendiente. La línea recta o directa es la que forman las personas que descienden unas de otras o que sólo comprende personas generantes y personas engendradas. También se divide la línea en colateral, transversal u oblicua formada por las personas que aunque no proceden las unas de las otras, si descienden de un tronco común; por ejemplo hermano y hermana, hijos del mismo padre o madre, sobrino y tío que procedan del mismo tronco, del abuelo.

Los colaterales pueden ser de simple y de doble conjunción. Por ejemplo el caso de dos primos hijos de dos hermanos casados con dos hermanas.

La línea paterna se entiende a la que abraza a dos parientes por parte de padre, y por línea materna, la que comprende a los parientes por parte de la madre. Con consanguíneos de doble vínculo los hermanos hijos del mismo padre y madre. Son consanguíneos solamente, los hijos por parte de padre y uterinos cuando son nacidos de una misma madre, pero de padre distinto.

Los grados de consanguinidad los reglamenta el Código Civil, indicándose allí que se cuentan por el número de generaciones.

Parentesco por afinidad

En nuestra legislación sólo se reconoce el parentesco por afinidad legítimo, y es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos del marido o mujer. Se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo; por ejemplo un varón está en primer grado de afinidad legítima en línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.

Parentesco civil por adopción

Es el que resulta de la adopción mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptado se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, madre e hijo legítimo creándose una ficción legal de parentesco consanguíneo, pues el

adoptado entre a la familia del adoptante; pero el adoptado no transmite su parentesco real de consanguinidad a los adoptantes, ya que por la sentencia de adopción se extingue el vínculo de parentesco del adoptado con su verdadera familia consanguínea.

FILIACIÓN

La palabra filiación proviene de la acepción latina filiu filii, que significa hijo; y significa la línea descendiente que existe entre dos personas en donde una es la madre o padre de otra; pero también puede entenderse como la relación que se da entre dos seres de los cuales uno emana del otro por generación.

El término es correlativo de las palabras maternidad y paternidad, expresiones que designan el mismo vínculo que une a la madre o al padre con su hijo, pero apreciándolo desde un punto de vista diverso.

Si se tuviera que definir filiación, podríamos decir que es el vínculo jurídico que une a un hijo con sus progenitores y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado. En la actual legislación encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo en la adoptiva que corresponde una creación legal.

La maternidad y paternidad constituyen la doble fuente de filiación; consisten en la primera en el hecho de que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto; y consiste la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre.

En la legislación y creencia tradicional se tiene que el parto significa que la mujer es la madre, pero no significa jamás con la misma evidencia quien es el padre: ello se debe a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, es decir la concepción. Esta implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de tal cohabitación.

La vinculación de sangre entre el hijo su madre o su padre puede tener origen en las relaciones sexuales en el matrimonio o en uniones extramatrimoniales; en el primer caso se procrean hijos matrimoniales y en el segundo extramatrimoniales.

La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra; es un estado social que se tiene por una persona respecto de otra u otras personas; es un estado civil por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Los hijos matrimoniales y extramatrimoniales son sujetos de derechos personales y patrimoniales, reglamentados por la ley; unos se derivan de la autoridad paterna, como los de crianza, educación y otros de la patria potestad al tutelaje de sus bienes y la representación de la persona; todos estos derechos imponen correlativamente las obligaciones de respeto, obediencia, socorro, todo lo cual es la consecuencia del estado que surge de la relación paterno-filial.

En cuanto a “la filiación matrimonial, resultaba claro para la ley, el hijo nacido en tal circunstancia tiene por padre y madre al marido y a la mujer, respectivamente. Tratándose de la filiación extramatrimonial, la situación ya no es tan nítida para el derecho. En efecto no existiendo una situación matrimonial, el hijo que una mujer tenga no puede ser atribuido legalmente a persona alguna (excepto a la madre, por el hecho del parto), no operando en estos casos la presunción jurídica de filiación”.²

La procedencia de los hijos, respecto de los padres, era un hecho “natural” e innegable que nadie podía desconocer y constituía la relación más importante de la vida; hasta que se empezó a manipular genéticamente la procreación, habiendo constituido este hecho una revolución a lo ya establecido como natural y eterno, para convertirlo en una suerte de acertijo y contradicción, pues ahora es posible que la mujer que pare un hijo no sea necesariamente su madre, y el hombre casado con ésta, no sea necesariamente el padre.

Su incidencia se manifiesta no solo en la familia, sino en el conglomerado social, por ello es menester establecer mecanismos específicos con los cuales se persiga una mayor garantía en el ejercicio de los derechos y sanciones para quien incumpla con sus obligaciones.

La filiación es el origen de parentesco de consanguinidad, fundamento de las relaciones familiares y elemento indispensable para establecer sobre esta especie de parentesco, instituciones jurídicas de indiscutible trascendencia tales como órdenes sucesorales y el derecho de

² Arias Schreiber Pezet, Max; Exégesis del Código Civil Tomo VIII Derecho de Familia; Editorial Gaceta Jurídica I Edición 2001; pág. 69

alimentos, además es factor de nacionalidad; genera la patria potestad y la autoridad de los padres.

CLASIFICACIÓN

La filiación desde el punto de vista jurídico y social nacional se presenta en tres especies: la matrimonial o legítima, la extramatrimonial y la adoptiva.

La filiación matrimonial ha sido considerada como el resultado de la conjunción de dos elementos, uno que tiene su origen en la naturaleza y otro que descansa en la ley, habiéndose ampliado a la legitimada por el posterior matrimonio que lleguen a contraer los padres.

Respecto de los hijos extramatrimoniales su concepción y nacimiento ocurre fuera del matrimonio. Pudiendo ser reconocidos como hijos con la finalidad de lograr la efectividad en el ejercicio de ciertos derechos, habiéndoseles conferido la facultad de intentar la acción tendiente al reconocimiento de su estado.

Mientras que la filiación por adopción consiste en haber obtenido el beneficio de adquirir la calidad de hijo, de uno o unos padres que no lo son naturalmente, es decir que no lo han procreado, dándole como consecuencia de una ficción jurídica el título de hijo legítimo al adoptado y de padre o madre a los adoptantes.

“La filiación vincula a una persona con sus parientes: antepasados y descendientes. A este árbol genealógico se le llama filiación en sentido genérico. En cambio, la filiación en sentido estricto o restringido vincula a los padres con sus hijos. A esta relación parental se le llama

“Paterno - Filial” en conjunto: “Filiación” para el hijo: “paternidad” para el padre y “Maternidad” para la madre”.³

El Código Civil derogado distinguía dos clases de filiación: Legítima e ilegítima. La primera, pasa al Código Civil de 1984 vigente con el nombre de “Filiación Matrimonial”; y la segunda, como “Filiación Extramatrimonial”. La denominación legítima o ilegítima se ha desechado porque da la impresión de que los hijos estuvieran dentro o fuera de la ley; y de ello no es verdad ni es procedente conservarlo.

HIJOS MATRIMONIALES

Si los hijos nacen dentro de un matrimonio lícito o está legitimado por subsecuente matrimonio.

Vienen a ser un una relación paterno filial que deriva de un casamiento arreglado a la ley.⁴

HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Se trata de hijos que proceden de una unión no matrimonial. Esta se agrupa en naturales y espurios. Los primeros si los padres podrían casarse al tiempo de la concepción y, los segundos si no podían hacerlo, sub clasificándolos en fornezinos, sacrílegos, y mánceres. Los primeros en adulterinos, incestuosos y nefarios.

También referido a un vínculo paterno filial que resulta de una unión irregular o no matrimonial.⁵

³ Ibid, Pág. 529

⁴ Peralta Andía Javier Rolando Derecho de Familia en el Código Civil 3ra Edición Ed. IDEMSA Pag. 347 y 348

⁵ Ob. Cit. Pág. 348

HIJOS ADOPTIVOS

Que nace por ficción de la ley y que ahora algunos autores la niegan por faltarle precisamente base biológica, sin embargo, está admitida por la ley.

Estos hijos son los que provienen de la ley, como una categoría de hijos equiparados en algo a los matrimoniales pero no lo suficiente como para que merezcan la designación de hijo matrimonial.⁶

2.2.1. PROBLEMAS PATERNO FILIALES

¿En qué momento se produce la fecundación? ¿Qué tiempo dura el embarazo? ¿Cómo saber a ciencia cierta si el marido es autor del embarazo de su mujer? Los hijos concebidos fuera del matrimonio y alumbrados dentro de éste, son ¿matrimoniales o extramatrimoniales?; y los hijos concebidos dentro del matrimonio y alumbrados fuera de él, son ¿matrimoniales o extramatrimoniales?

2.2.2. LA FECUNDACIÓN

La fecundación no se produce necesariamente en la primera relación sexual. Puede realizarse en las relaciones subsiguientes tampoco es fácil, por obvias, llevar una estadística de los contactos sexuales, y aun teniéndola, no existen signos infalibles e inequívocos que en tal o cual relación carnal se produjo la fecundación.

Con el avance asombroso de la ciencia ya es posible hacer fecundar el óvulo en el laboratorio. En esta operación se le denomina bebé probeta

⁶Ob. Cit. Pág. 348

el óvulo fecundado será introducido en el claustro materno en donde se desarrolla hasta el alumbramiento. Solo en este caso, se sabe a ciencia cierta, cuando se produce la fecundación por la fecha del experimento en el laboratorio. Este tema es inédito por el Código Civil por lo que al respecto falta dictarse la correspondiente reglamentación.

2.2.3. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

“El Art. 361 del C.C. prescribe: “El hijo nacido durante el matrimonio o después de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido”. De donde deducimos que no será hijo matrimonial si nació, por ejemplo, a los 400 días después de su disolución.

El Art. 363 Incs. 1 y 2 establece que el marido que no se considere padre del hijo de su mujer puede negarlo cuando el hijo nazca antes de cumplidos 180 días subsiguientes al matrimonio y cuando sea manifiestamente imposible, de las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los 121 primeros días de los 300 anteriores al parto. De estas normas podemos sacar las siguientes conclusiones.

1. Si el hijo nace entre los 180 y 300 días de la celebración del matrimonio, hijo matrimonial, teniendo por padre al marido en mérito de la presunción contenida en el numeral 361 del C.C.
2. Si el hijo nace antes de los 180 días de celebrado el matrimonio, no es hijo matrimonial.
3. Si el padre relacionó sexualmente durante los 121 primeros días de los 300, es autor del embarazo; y,

“Si no pudo relacionar sexualmente durante el periodo de concepción (121 primeros días), por cualquier circunstancia impediendo (viajes, prisión enfermedad, etc.) no es padre del hijo.”⁷

2.2.4. ACCIONES PATERNO FILIALES

A. NEGACIÓN DE PATERNIDAD

“Esta acción corresponde al marido y la puede promover amparado en las causales previstas en el Art. 363 del C.C. en efecto, este numeral prescribe el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 1) Cuando el hijo nazca antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio; 2) Cuando sea manifiestamente imposible dadas las circunstancias que ha cohabitado con su mujer en los primeros 121 días de los anteriores al nacimiento del hijo; 3) Cuando este judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2, salvo que hubiese cohabitado con su mujer en ese periodo; 4) Cuando adolezca de impotencia absoluta”.⁸

Si el hijo nace antes de los 180 días de la celebración del matrimonio es incuestionable que ha sido concebido antes de contraer las nupcias. La prueba en este caso es sencilla, pues basta presentar la partida de matrimonio y la partida de nacimiento del hijo.

En este caso no funciona la presunción de paternidad contenida en el numeral 361, porque antes del matrimonio, los novios no tienen el deber de relacionarse sexualmente.

⁷ Ibid. Pág. 530

⁸ Ibid. Pág. 531

“La primera causal en estudio tiene excepción, las reglas contenidas en el Art. 366 del C.C. en esta caso de negación de paternidad incoada por el marido, la mujer puede oponerle las reglas de excepción antes indicadas. Su defensa consistiría, entonces, en probar que el marido tuvo conocimiento del embarazo y de que admitió como hijo suyo, expresa o tácitamente”.⁹

La segunda causal de negación de paternidad se produce cuando el marido no ha cohabitado con su mujer durante el periodo de la concepción que está dado por los 121 primeros días de los 300 asignados para la fecundación y nacimiento del hijo.

Puede suceder que durante ese tiempo el marido estuviera ausente, preso, hospitalizado, etc.

La tercera causal se presente cuando el marido se encuentra separado judicialmente de su mujer. Se produce este hecho cuando se sigue juicio de separación de cuerpos por causal o convencional. El marido podrá probar esta causal presentando la partida de nacimiento del hijo y copia certificada de la sentencia de separación de cuerpos. La madre podrá oponerse a esta acción alegando y probando que durante la separación legal cohabitó con su marido por haberse reconciliado.

En este caso, tampoco funciona la presunción legal de paternidad prevista por el numeral 361 del C.C. porque no existe débito carnal, el mismo que ha sido suspendido por la sentencia de separación de cuerpos en aplicación del Art. 332 del acotado.

⁹ Loc. Cit.

“Finalmente, tenemos la última causal de negación de paternidad constituida por la impotencia absoluta. La impotencia absoluta no sólo es causal de nulidad de matrimonio, conforme al Art. 277 Inc. 7 del C.C. sino también es causal de negación de paternidad, según el numeral 363 Inc. 4 del acotado. Pero puede suceder que celebrado el matrimonio, el marido no pueda relacionar sexualmente con su mujer, entonces, esta impotencia post matrimonial también será causal de negación de paternidad. La impotencia absoluta se presenta en los casos de enfermedad del corazón, diabéticos y sistema genital deficiente. El corazón juega un papel básico para la erección del pene que posibilita la relación sexual. Su colaboración se presenta al bombear con fuerza la sangre que hincha el miembro viril. Ese trabajo no podrá hacerlo el corazón enfermo por razones obvias, pues en este caso o estado es como un motor sin potencia. El diabético es como un empleado bancario que tiene millones de soles en sus manos sin poderlos usar y gastar. El diabético tiene en su sangre abundante glucosa sin poderla convertir en energía que requiere la erección del miembro viril. Finalmente puede suceder que el órgano sexual masculino tenga mal formación congénita que no permita su natural funcionamiento”.¹⁰

Fuera de estas causales específicas que hemos estudiado, puede surgir en el marido la sospecha que no es padre del hijo alumbrado por su mujer. Esto puede suceder, cuando se producen relaciones adulterinas. En este caso, pueden impugnar la paternidad, dentro de los 90 días de nacimiento del hijo y podrá usar como prueba el ADN que ofrece 99.5% de certeza.

¹⁰ Ibid. Pág. 532

A la acción de negación de la paternidad, el Código le llama “Acción de contestación de paternidad”, y la jurisprudencia, por su parte, la denomina “Impugnación de paternidad”. Todas las expresiones son equivalentes.

B. ACCIÓN DE NEGACIÓN DE MATERNIDAD

“La maternidad sólo puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo, según el Art. 371 del C.C. la acción se interpone dentro de los 90 días, contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde únicamente a la presunta madre.

No procede en ningún otro caso por la presunción establecida por el Art. 362 del C.C. que prescribe: “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada por adúltera”. “Es una presunción absoluta (jure et de jure) que no admite prueba en contrario.”¹¹

C. DECLARACIÓN DE PATERNIDAD

El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se entenderá conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos si ellos hubiesen fallecido, establece el numeral 373 del C.C.

La madre, en representación de los intereses del hijo negado, puede utilizar la prueba del ADN en el proceso seguido contra el padre sobre la paternidad o sobre alimentos. Es probable que el padre consciente

¹¹ Loc. Cit.

de su parentesco con el menor trate de sustraerse a la prueba. La Ley N° 27048 ha previsto la posibilidad y le da la solución correspondiente. Sólo hay que notificar, por dos veces al presunto padre, y si insiste en su negativa de someterse a la prueba, se tendrá por cierta la paternidad.

D. PRUEBA

“Para la negación de la paternidad y para la declaración de la paternidad, el Código Civil establece los medios de prueba en los artículos 370 y 375. Para la negación de la maternidad no dice nada. La interesada podrá utilizar los medios de prueba que le franquea el Art. 188 y siguientes del Código Procesal Civil.”¹²

E. CADUCIDAD

Las acciones de negación de paternidad y maternidad, caducan a los 90 días. Para el hijo, la acción de declaración de paternidad es imprescriptible, en cambio, para sus herederos, caduca a los dos años.

F. LA REFORMA

“La norma contenida en la Constitución que reclama la igualdad de derechos entre todos los hijos, deberá reflejarse necesariamente en el nuevo Código Civil.

Por una parte el espíritu general de la normatividad referente al status de los hijos, e incluso la denominación misma de legítimos que usa el Código de 1936 habrá que modificarse. De otro modo, el entero título

¹² Ibid. Pág. 533

concerniente a la legitimación deberá de tener justificación suficiente y numerosas disposiciones concretas contenidas en los títulos sobre filiación legítima y la ilegítima deberán ser cambiados”.¹³

“Independientemente de la repercusión de la nueva Carta Fundamental sobre el Código Civil en esta delicada materia, otras modificaciones, aclaraciones y complementaciones habrán sido– y siguen siendo– necesarias para perfeccionar el ordenamiento civil”.

“Entre las que requieren una explicación así sea breve– pues las demás se explican por su propio enunciado– según se verán en el texto del articulado que se propone, se pueden mencionar las que tienen por objeto precisar si en el caso de la impugnación de paternidad legítima o matrimonial del hijo nacido durante los ciento ochenta primeros días del matrimonio, el diez a quo entra en el computo o se excluye de él, cuestión que en nuestra opinión debe resolverse negativamente, aunque sólo fuera por coincidencia con el criterio que inspiró el artículo 299 del Código Civil de 1936, al mencionar la presunción *pater is est quem nuptias demonstrant*; la de apreciar igualmente sobre quien recae el fardo de la carga de la prueba en los casos de contestación de la paternidad previstos en los incisos 1 y 3 del artículo 301 (Código de 1936), importa cuestión que, a juicio del autor del proyecto de investigación, debía resolverse en el sentido que el fardo recae sobre la madre y el hijo, más que de casos de impugnación se trata de casos de negativa o desconocimiento ad nutum modificar las reglas contenidas en el inciso 4 del artículo 307 (Código de 1936), pues permitir la impugnación por los herederos cuando el pretendido padre falleció antes de vencerse el plazo de impugnación que pudo plantear; añadir a los cuatro casos en que según el artículo 301 es

¹³ Ibid. Pág. 534

procedente impugnar la paternidad, el ocultamiento del parto; establecer el plazo del cual es procedente la impugnación fundada en la impotencia del marido, salvando de este modo la omisión en que incurre el Código de 1936; agregar el caso del cónyuge desaparecido a los casos en que la acción contestatoria puede ser intentada por sus ascendientes; modificar el numeral 301 (código de 1936) para permitir que los herederos y los ascendientes accionen y no sólo continúen la acción iniciada por el marido, si éste falleció antes de vencerse el plazo de que disponía para contestar la paternidad; legislar sobre la impugnación de la maternidad ad ilegítima permitiéndola en los casos de parto supuesto y de suplantación del hijo; y esclarecer la cuestión concerniente a la prueba de filiación matrimonial, materia ésta de la cual los artículos 311 y 312 del Código de 1936 confunden dos distintas acepciones de la prueba; la que alude al título demostrativo general de la filiación y la que se refiere a los medios a emplearse dentro del juicio para acreditar la calidad de hijo”. Proyectos y Anteproyectos del Código Civil.”¹⁴

El Código Civil de 1984 vigente, en sus catorce años de vida, ha sufrido su primera modificación. El Art. 363 ha sido modificado por la Ley 27048, publicada en Gaceta Jurídica N° 62-A, Pág. 53, que introduce el uso del ADN como prueba en los procesos sobre filiación.

Las letras ADN se han tomado de la expresión: Ácido que es el principio de la vida, en donde se encuentran los “gens” que constituyen el CÓDIGO GENÉTICO que se transmiten por herencia. De donde, comparando los “gens” del padre con los del hijo, se puede determinar su relación parental si son idénticos o se puede descartar este hecho, si son distintos.

¹⁴ Loc. Cit.

En el Capítulo “Los Hijos Matrimoniales” del Código Civil no se necesita prueba en los procesos de filiación, en razón de que el hijo tiene a su favor la PRESUNCIÓN contenida en el Art. 361 que prescribe: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución TIENE POR PADRE AL MARIDO”. Al hijo matrimonial le basta presentar la partida de nacimiento y la partida de matrimonio de sus padres para que automáticamente se encuentre amparado por la presunción de paternidad.

Sin embargo puede utilizarse el ADN cuando el padre tenga dudas de que el hijo alumbrado por su esposa no es suyo y para impugnar su paternidad se requiere demostrarlo y nada como el ADN que constituye una prueba con 99.5% de efectividad.”

2.2.5. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

“El Art. 348 del código Civil derogado expresaba: “Son hijos ilegítimos nacidos fuera del matrimonio”. Existía aquí una imprecisión. El prematuro era concebido fuera del matrimonio y nacía dentro de él; y el póstumo era concebido dentro del matrimonio y nacía fuera de él sin embargo ambos eran hijos ilegítimos.

El Código Civil de 1984 vigente corrige esa deficiencia en su Art. 386 al establecer que son hijos extramatrimoniales los CONCEBIDOS Y NACIDOS fuera del matrimonio.”¹⁵

¹⁵ Ibid. Pág. 546

Cambia la denominación de “hijo ilegítimo” por “hijo extramatrimonial”. El término “ilegítimo” no era el adecuado porque daba la impresión que el hijo estaba fuera de la ley.

Asimismo el numeral en comentario precisa que son hijos extramatrimoniales aquellos cuya concepción y nacimiento se han producido fuera del matrimonio. La situación de los hijos ilegítimos o extramatrimoniales ha evolucionado en el Derecho. En principio hubo discriminación. A los hijos legítimos se les concedía todos los privilegios, y a los ilegítimos se les negaba o se les concedía a medias. Esta discriminación se mantiene hasta el Código Civil de 1936; en cambio, el Código Civil de 1984 vigente, siguiendo la Constitución de 1979 Art. 6, consagra la igualdad absoluta entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

En materia de herencia, por ejemplo, el Código de 1936 concedía el 50% al hijo ilegítimo y 100% al legítimo. Ahora el código de 1984 establece la igualdad todos heredan por partes iguales.

2.2.6. ESTADO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

“Las relaciones de parentesco paterno – filiales según el Código Civil de 1984 vigente se establece para los hijos legítimos o matrimoniales mediante la presunción contenida en el Art. 361 que prescribe: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido”, en cambio para los hijos ilegítimos o extramatrimoniales, la paternidad se establece por doble vía: a) Por reconocimiento voluntario que estudiamos en este capítulo; y b) Por declaración judicial que estudiaremos en el próximo capítulo.”

2.2.7. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

“El reconocimiento es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimoniales respecto de otra”, expresa el Dr. Héctor Cornejo Chávez, en su Libro Derecho Familiar T. II pág. 99 Quinta Edición.

El Código omitió precisar el reconocimiento es un acto CONSTITUTIVO o DECLARATIVO. Esta distinción es muy importante por sus efectos. El acto constitutivo produce efectos para el futuro solamente: en cambio, el acto declarativo opera retroactivamente. Existe pues una laguna del derecho que debe corregir el legislador, mientras tanto será jurisprudencia que la solucione usando los principios generales del derecho que le concede el Art. VII del Título Preliminar del Código Civil Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil y Art. 139 Inc. 8 de la Constitución.

Planiol y Ripert sostiene la procedencia de la primera tesis diciendo que el reconocimiento produce efectos creadores del lazo de filiación, que es una manifestación de voluntad a constituir una relación de familia, en forma semejante a lo que ocurre con el matrimonio o adopción. En cambio, Colin y Capitant sostiene la segunda tesis de que el reconocimiento no crea el lazo de filiación, el cual preexiste desde que se produjo la procreación, sino que sólo lo comprueba, lo admite y lo declara.

El DR. Cornejo Chávez se filia por la primera tesis, en razón de que quien no está reconocido equivale más o menos exactamente a no ser

hijo por lo que reconocerlo produce el mismo resultado que investirlo de un estado que antes no tenía.

Nosotros adoptamos una posición eléctrica o mixta. Será un acto declarativo cuando el hijo realmente es descendiente de quien lo reconoce, cuando el hijo realmente es descendiente de quien lo reconoce; y será un acto constitutivo, cuando el padre por razones de solidaridad, error o conveniencia reconozca al hijo cuando realmente no lo es. Por ello la impugnación que autoriza el Art. 399 del C.C. El carácter facultativo de la institución que le da esa doble posibilidad.

2.2.8. CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento es un acto: a) Unilateral; b) Formal; c) Facultativo ó voluntario; d) Personal; e) Individual; f) Puro; g) Irrevocable.

- A. El reconocimiento es un acto Unilateral.-** No requiere para perfeccionarse sino la declaración del padre o de la madre que practican el acto del reconocimiento.

- B. El reconocimiento es un acto Formal.-** La ley determina la fórmula válida para hacerlo. En efecto, deberá realizarse únicamente por testamento, escritura pública o en el Registro del Estado Civil en el momento de asentar la partida o posteriormente por acta firmada ante funcionario competente.

- C. El reconocimiento es un acto Facultativo.-** Nadie puede ser obligado a declararse padre o madre de alguien. Es la persona que por su propia decisión adopta esa actitud voluntaria de hacerlo.

- D. El reconocimiento es un acto Personal.-** Nadie puede afirmar o admitir un lazo de filiación del cual no es autor, en razón del carácter íntimo de la procreación y respeto del principio del carácter voluntario o facultativo antes indicado.
- E. El reconocimiento es un acto Individual.-** Solo liga a quien lo hace con el hijo reconocido, sin comprometer al otro padre de allí que el reconocimiento puede practicarse por separado por los padres del hijo extramatrimonial, sin mencionar el nombre del otro.
- F. El reconocimiento es un acto puro y simple.-** No está permitido el reconocimiento modal, es decir sometido a condición, plazo o cargo. Así por ejemplo, no se podrá decir, reconozca a mi hijo a condición de que sea profesional o reconozco la paternidad por un año, etc.
- G. El reconocimiento es un acto Irrevocable.-** Así lo determina la ley. Si el reconocimiento del hijo, por ejemplo se realizó por testamento, puede el testador revocarlo y dejar sin efecto la memoria en todos sus extremos, menos en cuanto al reconocimiento se trata.

2.2.9. SUJETO ACTIVO DEL RECONOCIMIENTO

Son sujetos activos los padres quienes practican el reconocimiento, en forma separada con conjunta. En el primer caso no deberá revelarse el nombre del otro padre al efectuar el reconocimiento, excepto tratándose del recién concebido. En caso de muerte de los padres o cuando éstos fuesen incapaces, el reconocimiento de los hijos

extramatrimoniales corresponde a los abuelos de la línea correspondiente. Existen incapaces, tales como los pródigos, los malos gestores y los interdictos por haber cometido algún delito, que si pueden reconocer a sus hijos directamente, conforme al Art. 393 del C.C., en razón de que ellos cuentan con el discernimiento que exige todo reconocimiento.

En cuanto a los menores de edad, el Art. 146 del C.C. ha sido modificado por la Ley N° 27201, publicada en Gaceta Jurídica N° 72-A, Pág. 163, en cuanto a su capacidad, en la forma siguiente:

- a) Los mayores de 16 años, que hayan obtenido título oficial que los autorice para ejercer una profesión u oficio pueden reconocer al hijo extramatrimonial.
- b) Los mayores de 14 años, gozan de una capacidad específica, es decir, pueden reconocer hijos, litigan sobre gastos de embarazo, alimentos y tenencia de los hijos.

2.2.10.SUJETO PASIVO DEL RECONOCIMIENTO

Está constituido por el hijo extramatrimonial. Puede ser reconocido sin condiciones estando vivo, y estando muerto, a condición de que tenga descendientes, prescribe el Art. 394 del C.C.

El hijo de la mujer casada (adulterino) no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obteniendo sentencia judicial favorable, establece el numeral 396 del acotado. Esta norma se dio para evitar que el hijo tenga dos padres creando caos en la filiación.

2.2.11.FORMAS DE RECONOCIMIENTO

“El reconocimiento del hijo extramatrimonial es solemne y sólo puede hacerse en forma prescrita por la ley. Esa formalidad se encuentra prevista por el Art. 390 del C.C. y se realiza mediante testamento o por escritura pública. También puede hacerse el reconocimiento en el momento de la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil o posteriormente sentando un acta, en el margen de la partida, ante el funcionario competente.”¹⁶

Cualquier otra forma de reconocimiento sólo servirá como medio de prueba para cuando se investigue la paternidad

2.2.12.EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

“Los artículos 21, 393, 425 y 818 del C.C. establecen los siguientes efectos:

- a) Practicando el reconocimiento, el acto irrevocable.
- b) El acto del reconocimiento no admite modalidad alguna por encontrarse prohibida expresamente por la ley. El acto no puede estar, por lo tanto, sujeto a condición, plazo o cargo, no podemos decir, te reconozco como hijo a condición de que cambies de credo político o te reconozco sólo por una década.
- c) El reconocimiento surte sus efectos sólo contra el padre que lo hace, sin comprometer al otro padre.
- d) El hijo reconocido tiene derecho a alimentos y herencia de sus padres.”¹⁷

¹⁶ Ibid. Pág. 548

¹⁷ Ibid. Pág. 549

2.2.13. INVALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO

Negando el Código Civil, en su numeral 395, la revocación del reconocimiento, la única vía de conseguir su invalidez es mediante la impugnación.

“Cualquier interesado puede plantear la demanda sobre invalidez del reconocimiento por vicios de consentimiento o de forma. Este derecho está contenido en el Art. 399 del acotado que prescribe: “El reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que no intervinieron en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiese muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 395.”¹⁸

El plazo de caducidad para plantear la impugnación del reconocimiento es de noventa días, contados desde que el interesado tuvo conocimiento del acto y un año a partir de la fecha de que el menor llegue a su mayoría de edad o cese la incapacidad.

“La radical formulación de la nueva Carta Fundamental en cuanto proclama que todos los hijos tienen iguales derechos, si bien sus efectos en la vía civil – que había aproximado considerablemente el status de los ilegítimos al de los legítimos- no son espectaculares, tienen que reflejarse en los títulos referentes a la filiación, sobre todo en los términos que ya han sido esbozados y que, por ello, no es necesario reiterar”.

“Señálese, sin embargo, que aún sin la aludida modificación constitucional, el título actualmente dedicado a la filiación ilegítima –

¹⁸ Loc. Cit.

que en adelante habrá de determinarse extramatrimonialmente- venía requerido de ciertas reformas”.¹⁹

“Así, en lo que concierne al concepto mismo de la filiación extramatrimonial, el artículo 348 del Código de 1936 resulta inexacto. Hijo extramatrimonial no es siempre el nacido fuera del matrimonio; el póstumo nace una vez disuelto por muerte, el matrimonio de sus padres y es, sin embargo matrimonial. Tampoco sería exacta la referencia exclusiva al hecho de la concepción, pues aunque ésta haya ocurrido antes del matrimonio – es decir fuera del matrimonio- el hijo es matrimonial a tenor de lo dispuesto por el artículo 299 del Código de 1936 si es que nace cuando el casamiento ya se ha celebrado. Hijo extramatrimonial, en suma, es el concebido y nacido fuera del matrimonio”.²⁰

“Los artículos 349 y 350 del Código de 1936 están concebidos en términos de los que parecería deducirse que el Código de 1936 están concebidos en términos de los que parecería deducirse que el Código remite la vieja concepción de que “la maternidad es siempre cierta” y no requiere reconocimiento voluntario ni la declaración judicial para establecer vínculos entre la madre y el hijo; vías ambas que serán privativistas de la paternidad. El texto de los artículos 352 y 354 del Código de 1936 demuestra, sin embargo, que una tal interpretación sería errónea desde que tanto la paternidad como la maternidad extramatrimoniales pueden ser establecidas por la vía del reconocimiento voluntario o de sentencia judicial, las cuales vendrían a ser además, los únicos modos de dejar establecida la relación paterno o materno filial. La situación, empero, no parece ser tan simple, pues

¹⁹ Loc. Cit.

²⁰ Loc. Cit.

otras normas del Código y señaladamente la del artículo 625 del Código de 1936 y la que se contiene en el artículo 772 del mismo Código ubicado en el Libro de Sucesiones, conducirían a la conclusión de que la relación paterno filial extramatrimonial puede surtir efectos sin que medie reconocimiento no declaración judicial. Punto es éste que, a juicio del graduando, debe ser esclarecido en el nuevo texto civil, y debe serlo en el sentido de que el reconocimiento voluntario y la sentencia judicial son las únicas vías para que el hijo extramatrimonial se emplace en su status, trátase del padre o se trate de la madre. Y ello únicamente por razones de congruencia teórica, sino porque normas como la del invocado artículo 772 son de imposible cumplimiento”.

- 1) “El Código Civil de 1936 ya derogado, llamo a los hijos legítimos e ilegítimos. El Código Civil de 1984 vigente, cambia el nombre. Ahora se llaman: Matrimoniales y extramatrimoniales.
- 2) Durante la vigencia del código Civil de 1984, se ha producido la primera reforma a este capítulo. La Ley 27201, publicada en Gaceta Jurídica N° 72- A Pág. 163, modifica la capacidad de las personas, reduciéndolas a 14 años para los siguientes casos específicos: reconocer hijos, litigar sobre gastos de embarazo, alimentos y tenencia de los menores.
- 3) La Ley 27048, publicada en gaceta Jurídica N° 62-A, Pág 53, introduce como prueba de la paternidad el uso del ADN (ácido desoxirribonucleico) que es el principio de la vida y que constituye el Código genético, transmisible por herencia. De donde comparando los gens del padre y del hijo, si son iguales se acredita la paternidad; y si son diferentes, se descarta la filiación. Esta prueba garantiza un 99.5% de seguridad.”²¹

²¹ Ibid. Pág. 550

2.2.14. DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Cuando el padre o la madre en su caso se resisten a reconocer el hijo extramatrimonial, por desconfiar del vínculo o por mala fe, procede la investigación judicial de la paternidad o maternidad, respectivamente. La sentencia declarará o desestimará la demanda, según la prueba aportada.

2.2.15. CASOS EN QUE PROCEDE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL

“Los casos en que procede la investigación judicial de paternidad están numerados en el Art. 402 del Código Civil. Tiene como antecedente el Art. 366 del C.C. derogado.”

Cada inciso de la norma antes indicada es una presunción juris tantum que admite prueba en contrario.

Hasta demostrar o probar el hecho previsto como condición para que por presunción quede establecida la filiación. Así por ejemplo, probando la posesión constante de hijo, se presume su filiación.

La parte contraria encaminará su defensa a demostrar lo contrario, es decir, destruir la base de la presunción. Así por ejemplo, si se ha demostrado que no ha existido la posesión constante de hijo, queda destruida la presunción.

El Art. 402 contiene las siguientes presunciones: 1) Escrito indubitable; 2) Posesión constante del estado de hijo; 3) Concubinato; 4) Violación, rapto o retención violenta; 5) Seducción y promesa matrimonial.

2.2.16. ESCRITO INDUBITABLE

El padre en cualquier documento puede revelar el reconocimiento de la filiación extramatrimonial. Tales casos se producen, por ejemplo, por motivos de fuerza mayor o ajena a su voluntad. Tales documentos podrían ser cartas cruzadas entre el presunto padre y su hijo o la madre de éste, poder otorgado por el padre a favor de su hijo para una gestión cualquiera, haber matriculado al hijo en los colegios firmando la ficha correspondiente, cartas cursadas a los profesores pidiendo disculpas por las faltas de su hijo, actuados judiciales y en general cualquier documento que revele la relación paterno – filial.

No debe considerarse dentro de la prueba escrita o documental de este capítulo el testamento, ni la escritura pública ni la suscripción de la partida de nacimiento por el padre, porque mediante estos instrumentos se hace el reconocimiento, en cuyo caso ya no procede la investigación judicial de la paternidad.

2.2.17. POSESIÓN CONSTANTE DEL ESTADO DE HIJO

Se produce cuando el padre en su vida de relación social presenta a la madre y al hijo como su familia; cuando ante todos confiesa ser el padre del hijo y procura su alimentación, cuidado y educación. La posesión del estado vale más que el título. El reconocimiento por escritura pública o en la partida del Registro del Estado Civil es cuestión de un momento, en cambio, la posesión constante de hijo, se produce en forma espontánea y permanente. Se ratifica día a día con el trato, por tanto es más seguro y convincente.

La posesión constante de estado, en resumen, exige la presencia de tres elementos: “Nomen, tractus y fama” (nombre, trato y fama). En el primer caso el hijo usa el apellido del padre; en el segundo, el padre

alimenta y educa al hijo; y en el tercer caso, lo presente como descendiente suyo ante la sociedad.

Estos tres elementos se producen con suma nitidez tratándose de hijos matrimoniales y con cierta discreción tratándose de los hijos extramatrimoniales por el carácter vergonzoso y problemático que muchas veces tienen las relaciones sexuales extramatrimoniales. De donde el Juez, al evaluar la prueba, debe tener cierta flexibilidad y tolerancia.

2.2.18. CONCUBINATO

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando el presunto padre hubiese vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción, establece el Inc. 3 del Art. 402 del Código Civil vigente.

Parece que el legislador no ha querido tomar como base para la investigación de la paternidad el “concubinato” propiamente dicho, sino la “simple convivencia” marital. Si en realidad hubiese querido referirse al concubinato propiamente dicho, no ha tenido más que remitirse al Art. 326 del C.C. en donde precisamente sus características y requisitos esenciales. En efecto, esta norma establece que “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, LIBRES DE IMPEDIMIENTO MATRIMONIAL, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable siempre, que dicha unión HAYA DURADO POR LO MENOS DOS AÑOS CONTINUOS”. Sin embargo, el Inc. 3 del Art. 402, en su 402 en su segunda parte, hace una

aclaración cuando dice: “para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales”. En efecto, suprime dos elementos: “Libres de impedimento matrimonial” y “Que la unión haya durado por lo menos dos años continuos”

“Los comprendidos en los artículos 240 y 241 del C.C., no podrían formar concubinato según el Art. 326 del C.C. por faltarles el requisito de encontrarse libres de impedimento matrimonial; pero sus hijos, en caso de negativa y omisión del reconocimiento, podrían recurrir a la declaración judicial de la paternidad, puesto que en el Inc. 3 del numeral 402 del acotado no se exige tal requisito. Igual podría suceder en cuanto al tiempo.”

2.2.19. VIOLACIÓN, RAPTO Y RETENSIÓN VIOLENTA

“Esta causal de declaración judicial de paternidad está prevista en el Inc. 4 del Art. 402 del C.C.”²²

Como la violación, el rapto y el secuestro son delitos deberá denunciarse previamente y a base de la condena pedir en la vía civil la declaración de la paternidad extramatrimonial.

El juez civil declarará la paternidad, si el delito se produce en la época de la concepción, es decir, dentro de los 121 primeros días de los 300 que dura la gestación y parto.

²² Loc. Cit.

2.2.20.SEDUCCIÓN

El Art. 402 Inc. 5 establece la procedencia de la paternidad en caso de seducción de la madre, cumplida con promesa de matrimonio en la época de la concepción y siempre que la promesa conste de manera indubitable.

Es indispensable que al padre se le haya seguido instrucción y condenado por el delito de seducción en agravio de la madre menor de edad porque en la vía penal es la adecuada para la investigación del delito. Con la sentencia condenatoria penal, se pedirá en la vía civil la declaración de la paternidad. En cuanto a la forma indubitable que exige la ley civil para que proceda la investigación de la paternidad, puede considerarse como tal, la inductiva del inculpado, en donde se declara convicto y confeso, las cartas que éste haya cursado a la víctima y la sentencia misma.

“Hemos sugerido la exigencia de la sentencia penal previa en razón de que el Juez penal es el especialista para investigar el delito y cuenta con los medios adecuados. Sin embargo, la Corte Suprema autoriza la posibilidad de probar seducción, rapto y retención violenta en el mismo expediente civil, según aparece de las ejecutorias del 6 de diciembre de 1972 y del 26 de julio del 1973 publicados en Revista de Jurisprudencia Peruana 1973, página 353 y 370 respectivamente.”²³

Las presunciones glosadas se justificaban cuando no existía medio eficaz de probar la relación paterno filial, pero ahora que contamos con el ADN que es una prueba sumamente eficaz en un 99.5% tales presunciones debían derogarse.

²³ Ibid. Pág. 558

2.2.21.HIJO ADULTERINO

Los hijos sólo deben tener un padre y una madre. Los hijos matrimoniales por la presunción contenida en el Art. 361 del C.C. tienen por padres a los cónyuges. Si la madre estuvo casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la investigación de la paternidad si el marido hubiese negado al hijo y hubiera obtenido sentencia favorable, establece el Art. 404 del acotado.

La negación aludida es perentoria, pues tiene apenas un plazo angustioso de 90 días. Pasado ese término, el padre ya no podrá negar al hijo y pasará a ser suyo indefectiblemente. Vencido ese plazo igualmente, aunque el hijo sea adulterino ya no podrá investigarse su paternidad.

2.2.22.PROCEDIMIENTO

La acción de declaración de paternidad o maternidad corresponde única y exclusivamente al hijo y es imprescriptible. Se tramita en proceso de Conocimiento, conforme a los artículos 475 y siguientes del Código Procesal Civil.

El procedimiento en mención, deberá tener, además las siguientes precisiones:

2.2.23.COMPETENCIA

Para conocer los juicios sobre paternidad o maternidad extramatrimoniales es juez competente el del domicilio del demandante o del demandado según el Art. 408 del C.C., concordante con el Art. 14 del C.P.C.

2.2.24.TITULARES DE LA ACCIÓN

- A. “En caso de que el hijo sea menor de edad, demandará la declaración de paternidad la madre aunque ella sea menor de edad. También podrá accionar el tutor y el curador, previa autorización del Consejo de familia (Art. 407 C.C.).
- B. Igual derecho tiene el padre para demandar la declaración judicial de la maternidad a favor de su hijo menor de edad (Art. 411 C.C.).
- C. El derecho de accionar no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado (Art. 407 C.C.)”²⁴

2.2.25.OPORTUNIDAD

La acción puede ejercitarse en cualquier momento, inclusive antes del nacimiento del hijo, en aplicación de los numerales 1 y 405 del C.C.

2.2.26.CADUCIDAD

La acción no caduca, por lo que puede ejercitarse en cualquier tiempo que el titular de la acción lo crea conveniente, conforme al Art. 410 C.C.

2.2.27.EMPLAZADOS

La acción se entenderá contra el padre o sus herederos si hubiera fallecido, en el caso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial y contra la madre o sus herederos si hubiese muerto, en caso de declaración judicial de maternidad extramatrimonial (Art. 406 y 411 C.C.)

²⁴ Ibid. Pág. 559

2.2.28.SENTENCIA

La sentencia que declare la paternidad o maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento del hijo.

Los hijos cuya paternidad haya sido declarada judicialmente adquieren todos los derechos y obligaciones como si fueran hijos matrimoniales, pues ahora ya no existe diferencia entre unos y otros.

La sentencia deberá anotarse al margen de la partida de nacimiento, con cuyo objeto el juez oficiara al alcalde del Concejo en donde se encuentra asentada la partida

Es probable que el juicio termine por auto composición: conciliación por ejemplo. En este caso, el acta de conciliación aprobada y firmada por los justiciables y el juez, tiene los mismos efectos de una sentencia.

2.2.29.LA PRUEBA DEL ADN

Los animales, en materia de prole, tienen profundamente arraigada la obligación de cuidar y alimentarla y son capaces de dar la vida por ella; en cambio, el hombre que se envanecía de ser un ser superior y un animal racional, casi siempre niega la paternidad por eludir la obligación de alimentar a sus hijos. En consecuencia, en materia de paternidad y alimentos, se hace indispensable, urgente y necesario contar con una prueba eficaz. El Art. 413 del C.C., autorizo el uso de la prueba de los grupos sanguíneos, sin mayor éxito, pues esta prueba buena para descartar la paternidad, pero ofrece muchas dudas para determinar la misma la prueba del ADN viene a llenar este vacío y es introducida al Código Civil por Ley N° 27048, publicada en Gaceta

Jurídica N° 62, Pág. 53. El ADN son las primeras letras de las palabras que integran la siguiente frase: “Ácido Desoxirribo Nucleico”.

A este ácido se le considera el principio de la vida, en donde se encuentra los “genes” que constituyen el Código Genético que determina la herencia. En consecuencia, comparando el ADN del padre con el ADN del hijo, si son idénticos, existe relación paterno filial, y si son distintos no existe esa relación. Por el momento, es una prueba sumamente costosa, pues son contados laboratorios los que la realizan, pero esperamos que andando el tiempo se popularice, se ponga al alcance del pueblo que es el que más lo necesita.

La materia de filiación patrimonial, el hijo cuenta con la presunción contenida en el Art. 361 del C.C. en cambio, si el padre quiere negar la paternidad, la prueba del ADN es insustituible y la más eficaz por el momento. La prueba del ADN es viable en los siguientes casos.

A. NEGATIVA DE PATERNIDAD

Cuando el esposo tenga duda de que el hijo alumbrado por su esposa no es suyo, puede negarlo dentro del plazo establecido por la ley (90) días. En el proceso correspondiente, se utilizará la prueba del ADN que despejará la duda.

B. PROCESO DE FILIACIÓN

El Art. 413 del C.C., establece la procedencia de la prueba de los grupos sanguíneos y CUALQUIER OTRA DE VALIDEZ CIENTÍFICA. Esa otra prueba a que hace referencia el numeral es nada menos que la prueba de ADN, introducida al Código Civil por ley N° 27408.

C. CASOS DE VIOLACIÓN

Puede ocurrir que la fecundación se ha producido en casos de violación sexual realizada por varios sujetos. En este supuesto, la prueba de ADN efectuada contra los autores del delito determina la paternidad de la prole. Si todos se realizan la prueba y sólo uno se niega, a éste deberá tenerse por padre haciendo uso del apremio correspondiente establecido por la Ley N° 27408.

D. EN CASO DE HIJO ALIMENTISTA

La Ley N° 27048 modifica el Art. 415 del Código Civil, permitiendo la prueba de ADN. Fuera de los casos glosados no es procedente la prueba del ADN porque violaría el derecho a la intimidad garantizado por el Art. 2 Inc. 1 de la Constitución. El afectado podría hacer uso con éxito de la acción de Amparo si alguna autoridad insistiese en practicar la dicha prueba

2.2.30. INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD

Es la más sencilla. No se exige presupuestos como sucede en la declaración judicial de paternidad (Art. 402 C.C.). Es suficiente probar dos hechos: el parto y la identidad del hijo, conforme al numeral 409 del acotado. Ello se debe a que tratándose del padre resulta difícil probar las relaciones sexuales que son íntimas; en cambio, la maternidad es más ostensible a todos los vecinos por el proceso de gestación, crecimiento del vientre y posterior alumbramiento en su hospital, clínica o consultorio médico o de obstetricia. Sin embargo, puede presentarse una maternidad y parto ocultos, con posterior abandono del hijo, como se produce usualmente en las damas de sociedad que quieren ocultar su pecado.

2.2.31.MADRE DEL HIJO ALIMENTISTA

La madre, conforme al Art. 414 del C.C. tiene los siguientes derechos:

a) Alimentos pre y post natales; b) Gastos de embarazo; c) Indemnización por daño moral.

Para la procedencia de tales derechos se exige que el padre haya reconocido al hijo o que la maternidad se haya producido en cualquiera de los presupuestos enumerados en el Art. 402 del C.C.

La acción es personal. Debe ser interpuesta antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente al parto. Vencido ese plazo el derecho y la acción caducan.

Si la madre demanda solamente alimentos pre y post natales, y gastos de embarazo, acudirá al Juez civil y se tramita conforme al proceso sumarísimo (Arts. 560 y siguientes del C.P.C.

“PRUEBA DE LOS GRUPOS SANGUÍNEOS. Los argumentos esgrimidos en contra de esta prueba consisten, principalmente, en que la ciencia no ha avanzado aún lo suficiente para conferir pleno valor a esa prueba, que ella no está considerada en el texto procesal entre medios de prueba que pueden ser usados en juicio, en que no sería posible extraer sangre a una persona contra su voluntad sin violar el derecho constitucional y que la prueba resulta irrelevante en vista de que los supuestos puntualizados en el artículo 366 del código de 1936 constituyen presunciones legales de paternidad, y el examen de los grupos sanguíneos no sirven para probar ninguno de esos cinco casos ”.

Si la madre demanda acumulativamente los derechos antes indicados y alimentos para la prole, acudirá al juez de Paz Familia cuando exista prueba indubitable del vínculo familiar. Cuando el vínculo familiar no

se encuentra acreditado, será competente el juez civil especializado, conforme al Art. 96 del Código de Los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337.

La acción se dirige contra el padre o sus herederos y se ejercita ante el Juez del domicilio del demandante o del demandado.

En caso de muerte del padre, la madre podrá exigir alimentos para ella por todo el tiempo que dure la concepción, haya el alumbramiento en aplicación del Art. 856 del C.C. sin embargo, el pago de alimentos, gastos de embarazo y daño moral sólo se hará efectivo hasta donde alcance la cuota hereditaria, conforme al numeral 661 del acotado.

“Discrepamos en esta interpretación en lo que concierne a sus dos primeros fundamentos. El progreso de la ciencia permite ya obtener de la prueba de la sangre una conclusión tan inequívoca como puede ser la de cualquier otra pericia, en el sentido de la no-paternidad, aunque no de la paternidad, y esto sería suficiente para desestimar una demanda de investigación de la paternidad extramatrimonial si el pretendido hijo figura en el grupo de los “hijos imposibles”, atendiendo los grupos sanguíneos a que pertenecen sus pretendidos padres. Adicionalmente, no se trata de una prueba compleja, cuya realización exige conocimientos científicos o técnicos muy calificados y la lectura de cuyas conclusiones no puede ser hecha por cualquier juez, aparte de la facilidad de su reproducción fotográfica o por otro medio de apreciación visual”.

- 1) Frente a la imposibilidad de determinar con certeza la relación paterno-filial, el Código Civil, en su Art. 402, estableció varias presunciones para determinarla, las que han venido operando con pocos resultados.

- 2) La ley N° 27048, publicada en Gaceta Jurídica N° 62-A, pág. 53, ha revolucionado el sistema al introducir la prueba de ADN con una certeza de 99.5%.

2.2.32.HIJOS ALIMENTISTAS

“En el Art. 402 del C.C. se enumeran los presupuestos procesales que permiten la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial y como un derecho correlativo, también procede alimentos para el hijo extramatrimonial”.

“La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada”:

- 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita
- 2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
- 3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
- 4.- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- 5.- En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
- 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 igualo mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado

declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415”.

ART. 404 DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD DEL HIJO DE MADRE CASADA

“Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”.

Los hijos extramatrimoniales que no pueden obtener su declaración de paternidad. Para ellos sólo procede la fijación de una pensión alimentista, para su procedencia únicamente es exigible como requisito fundamental probar la existencia de las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre durante la época de la concepción.”

“En la maternidad existen dos etapas definidas: la concepción y la gestación. A nivel mundial existe un caos de opiniones sobre la duración del embarazo, así por ejemplo: Harvey señala 275 días; Vanier fija entre 260 a 274 días; Deapul establece 265 días; Wich cita 269 días etc. Los países católicos toman como referencia el tiempo de gestación de Cristo en el vientre de la Virgen María que ocurrió desde la Anunciación hasta la Navidad, total 275 días.”²⁵

El legislador peruano, para obviar tales inconvenientes, ha establecido un plazo máximo de 300 días para el embarazo, de los cuales los 121 primeros días es para la concepción y el resto para el desarrollo embrional o gestación.

²⁵ Ibid. Pág. 569

Cuando el varón ha relacionado sexualmente con la mujer en cualquiera de los 121 primeros días de los 300 asignados para la maternidad, se le considera como presunto padre y por lo tanto obligado a pasar alimentos para la prole.

La pensión alimenticia dura desde el nacimiento hasta los 18 años, fecha en que el hijo alcanza su mayoría de edad, convirtiéndose en un ciudadano que pueden valerse por sí mismo. Excepcionalmente la pensión alimenticia se prolonga por incapacidad física o mental y por razones de estudio del hijo alimentista.

La pensión alimenticia no procede si durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo comercio carnal con otros hombres o fue manifiestamente imposible que el demandado haya podido tener acceso carnal en la misma época, v. Gr., encontrarse ausente del lugar de residencia de la madre, encontrarse preso o encontrarse enfermo hospitalizado.

La acción puede ser ejercitada por la madre del hijo menor de edad. La Ley N° 27201 concede a la madre la edad de 14 años para poder reclamar los alimentos para su hijo. Si el padre ha muerto la acción se dirigirá contra los herederos de éste, quien no pagará al alimentista mayor cantidad de la que hubiera podido recibir si hubiese sido declarado heredero.

Sobre el monto de la pensión, está sujeto a reglas precisas. Él se fija de acuerdo a las necesidades de quien la pide y de acuerdo a las posibilidades de quien está obligado a prestarla. Como tales condiciones pueden variar o por obra de la inflación monetaria, se hace necesario el reajuste oportuno. En materia de alimentos, en

consecuencia no existe cosa juzgada, pero sólo referido al monto de la pensión.

2.2.33.PROCEDIMIENTO

“El Art. 96 del Código de los Niños y Adolescente, aprobado por Ley N° 27337, establece la competencia a seguir para los procesos de alimentos. En efecto, dicho dispositivo prescribe: “El Juez de Paz es competente para conocer del proceso de alimentos de los niños o de los adolescentes cuando exista prueba indubitable del vínculo familiar, así como del cónyuge del obligado y de los hermanos mayores cuando lo soliciten conjuntamente con éstos. El Juez conocerá de éste proceso hasta que el último de los alimentistas haya cumplido la mayoría de edad. Excepcionalmente, conocerá la acción cuando el adolescente haya llegado a la mayoría de edad estando en trámite el juicio de alimentos.”²⁶

Cuando el vínculo familiar no se encuentra acreditado será competente el Juez especializado”. El Juez especializado se refiere al “Juez de Familia.

2.2.34.LA PRUEBA DE ADN

ADN son las primeras letras de las palabras que integran la frase: “Ácido Desoxirribo Nucleico”. Este ácido es el principio de la vida en donde se encuentra los genes que constituyen el Código Genético de la Herencia. Comparando los gens del presunto padre y los del hijo negado, si son idénticos, existe indubitablemente una relación de parentesco filial; y si son diferentes, no existe tal relación. La eficacia

²⁶ Ibid. Pág. 570

de la prueba de ADN es contundente, pues se le asegura un 99.5% de eficacia.

“La prueba de ADN ha sido introducida en el Código Civil por mandato de la Ley N° 27048, publicada en Gaceta Jurídica N° 62-A, Pág. 53, la misma que reforma varios artículos en los capítulos de filiación y en el presente capítulo, únicamente añade un párrafo terminal al numeral 415”.²⁷

La negativa de padres irresponsables es precisamente por no pasar alimentos de donde esta prueba resulta imprescindible y necesaria. Sin embargo, el legislador, lejos de concederla al hijo alimentista que es quien realmente lo necesita, sólo concede el uso al demandado para exonerarse de la obligación alimenticia. Parece que el legislador ha confundido finalidades básicas. Es necesario, entonces, la urgente modificación de la Ley N° 27048.

2.2.35.REFORMA

1. “La Ley N° 27201, publicada en gaceta Jurídica N° 72-A, Pág. 263, reduce la edad a 14 años para enfrentar problemas de reconocimiento de hijos, litigar sobre gastos de embarazo, alimentos y tenencia de menores.
2. La Ley N° 27048, publicada en Gaceta Jurídica N° 62-A, Pág. 53, introduce la prueba del ADN, pero sólo para exonerar al demandado de la obligación de pasar alimentos.”²⁸

²⁷ Loc. Cit.

²⁸ Loc. Cit.

2.2.36.ALIMENTOS

Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia.

Cuando el alimentista es menor de edad, lo alimentos comprende también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

Se considera alimentos lo necesario para el sustento habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de posparto.

El derecho alimentario supone la existencia de un vínculo de parentesco o de alianza o unión, y el cumplimiento de algunos requisitos establecidos por la ley, a menos que nazca de una obligación moral o de una convención, esto es lo que comúnmente se denomina como vocación alimentaría.

Todas las personas con mediana cultura tienen una noción bastante buena respecto de lo que se entiende por alimentos desde el punto de vista legal o jurídico; resultando fácil deducirse que, se entiende por alimentos al a prestación, generalmente en dinero que debe acudir una persona a favor de otra, por imperativo de la Ley, para que ésta última pueda satisfacer sus necesidades más elementales o primarias.

Los alimentos por regla general se otorgan entre personas que mantienen algún vínculo de parentesco, pero esto no es absoluto como se verá más adelante

“Los alimentos no sólo abarcan lo referente al sustento propio, sino que es un concepto más amplio, y nuestra legislación a previsto que en el caso de adultos los alimentos comprendan lo referente al sustento, habitación, vestido y asistencia médica; y en el caso de menores de edad además de los mencionados, también abarca lo referente a la educación, instrucción y capacitación para el trabajo y aún la recreación; tal vez por ello deberíamos en el futuro considerar a los alimentos con una denominación más adecuada como la de Asistencia Alimentaría”.²⁹

2.2.37. CLASIFICACION DE LOS ALIMENTOS

Intentamos clasificar los alimentos, en legales y voluntarios, y ello dependiendo de la fuente de la obligación, tal como ya lo hemos establecido

2.2.38. LEGALES

Dentro de los legales, llamados también forzosos, se suele clasificar en congruos y necesarios; los primeros significan que los alimentos deben fijarse de acuerdo al rango y condición de las partes; sobre el particular el Código Civil de 1936 refería que los alimentos deberían cubrir el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica según la posición social de la familia; se comprende que aquí interviene un elemento subjetivo que está en relación directa con la posición que ocupan las partes socialmente, congruo significa conveniente, oportuno; este concepto es manejado por la legislación chilena y así en el artículo 323 refiere “aquellos que habilitan al alimentado para

²⁹ Peralta Andía, Javier Rolando; Derecho de Familia; Editorial Idemsa III Edición 2002; Pág. 497

subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”.

Los alimentos necesarios, implican una noción objetiva, lo que basta para sustentar su vida. En la legislación peruana sí encontramos el concepto de los alimentos necesarios y los legisladores lo han recogido con carácter sancionador mediatizado; los alimentos así descritos se reducen a lo estrictamente necesario para subsistir cuando el acreedor alimentario se encuentra en estado de necesidad por su propia inmoralidad (artículo 473 segundo párrafo) o cuando ha incurrido en causal de indignidad o desheredación (artículo 485).

2.2.39.VOLUNTARIOS

Los alimentos surgen no por mandato de la ley, sino por propia iniciativa y deseo de una persona de atender los requerimientos de otra, con quien no está obligado; en un acto libre y voluntario, se compromete a alimentarla; ejemplo de estos alimentos lo encontramos en el derecho sucesorio, en el caso de los legados alimentos.

2.2.40.PERMANENTES O PROVISIONALES

Otra clasificación menos importante, puede considerarse a los alimentos fijos o provisionales, los primeros serán producto de una sentencia (aun cuando en alimentos no hay cosa juzgada) y la otra será cuando dentro del proceso judicial de alimentos se fija una asignación provisional, hoy asignación anticipada según el Código Procesal Civil, artículo 675, que se extiende hasta que se expida la sentencia definitiva

2.2.41. CARACTERES DEL DERECHO ALIMENTARIO

- La obligación alimentaria es de un carácter personal y recíproco, en otro aspecto es de orden público y es susceptible de revisión.
- El derecho a la asistencia alimentaria es: personalísimo, intransmisible, irrenunciable, intransigible, incompensable, inembargable, imprescriptible, recíproco, circunstancial y variable.
- El derecho de asistencia alimentaria tiene particularidades diferentes y excepcionales en comparación con cualquier otro derecho obligacional.
- Esto significa que siendo personalísimo es inherente a la persona llamada por ley para acudir y para recibir alimentos; este carácter es inherente a una persona específica y está dirigida a garantizar la subsistencia del alimentista y la obligación del alimentante.
- La persona que goza de una pensión alimentaria no puede transmitirla por ningún título a otro sujeto, ni tampoco el obligado a otorgarla puede transmitir ese deber a otra persona para que en su nombre cumpla con tal obligación; resulta intransmisible ya que la obligación está basada normalmente en un vínculo de parentesco o familiaridad que uno al deudor con el acreedor, que aísla o repele a otra persona, sin que esto sea contradictorio con las prelacións legales existentes.
- Respecto a la irrenunciabilidad al derecho alimentario, no es posible “salirse o escabullirse” o renunciar a él, ni como otorgante ni como beneficiario, y lo que se puede hacer es no cobrar o no demandar pero respecto del derecho no existe forma a rehusar a él.

- Es intransigible, porque no es permitido legalmente que se pueda llegar a ningún tipo de arreglo que implique una transacción respecto del derecho alimentario, permitiéndose que se pueda llegar a un arreglo respecto del monto a pagarse, pero no respecto del derecho mismo a hacerlo.
- El derecho a la asistencia alimentaria es incompensable, pues no se puede aceptar nada que reemplaza a la obligación alimentaria, no se la puede compensar con nada como derecho, con nada material ni inmaterial.
- Precisamente debido a su carácter asistencial y vital resulta ser inembargable la obligación alimentaria de otra manera sería ocasionar perjuicio grave al alimentista, el accederse a cualquier tipo de embargo de los alimentos frente a una obligación pecuniaria o contractual menor a la del derecho de la supervivencia.
- Los alimentos se otorgan por un estado de necesidad de un ser humano y perduran mientras subsista tal necesidad de subvenir a los alimentos personalmente, por lo que fijar plazos referentes al transcurso del tiempo para ejercitar tal derecho resulta inaceptable, por ello la imprescriptibilidad del derecho alimentario no es permitido en la doctrina ni en la legislación; por lo que el argumento esgrimido como defensa del obligado no resulta ser legal ni lógico.
- Es meridianamente claro que tratándose de dos personas; una el acreedor y otro el deudor alimentario, existe un carácter de reciprocidad respecto de la obligación alimentaria; esto implica que en el devenir del tiempo y de las circunstancias, es factible que el ayer alimentista deba acudir alimentariamente a su anterior acreedor.

- En estricta relación de ideas con lo mencionado anteriormente, se tiene que la obligación alimentaria es circunstancial, por lo que la vida que resulta ser tan compleja permite en determinados casos y precisamente por las circunstancias que la obligación de asistir con alimentos a una persona desaparezca temporalmente y vuelva a reaparecer, o que de ser obligado se pase a ser alimentista, o que por el estado de necesidad una de las partes sea la otra quien deba correr con su subsistencia; y es variable porque es sabido que una decisión jurisdiccional sobre el derecho alimentario no produce “absolutamente” el carácter de cosa juzgada, esto quiere decir que una pensión de alimentos puede ser variada reiteradas veces, reducida o incrementada, exonerada y vuelta a efectivizar según lo obligue las necesidades del alimentista y las posibilidades del deudor.

2.2.42.OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

Existe un orden de prelación entre las personas llamadas a acudir con alimentos a otras personas.

Los padres son los primeros a acudir con alimentos por ley para acudir con alimentos para sus hijos.

Están obligados a acudir con alimentos por ausencia de los padres en un orden de prelación respecto de los menores de edad.

- Los hermanos mayores de edad.
- Los abuelos.
- Los parientes colaterales, hasta el tercer grado (nietos)
- Otros responsables del niño o adolescente.

También existe una obligación alimentaria recíproca entre:

- Los cónyuges
- Los ascendentes y descendientes.

- Los hermanos
- Los convivientes.

Cuando sean dos o más los obligados a acudir alimentaría mente, se respetará el siguiente orden:

- Por el cónyuge
- Por los descendientes
- Por los ascendientes
- Por los hermanos
- Por los hermanos

2.2.43.IGUALDAD DE CONDICIONES PARA DAR Y RECIBIR ALIMENTOS

No existe diferencia para la ley respecto de si solo el varón o la mujer tiene mayor obligatoriedad para acudir alimentaría mente; en todo caso los coloca en igualdad de condiciones de poder ser sujetos que soliciten o deban dar pensión alimentaria, tanto para descendientes, ascendientes, hijos adoptivos o entre cónyuges e inclusive entre convivientes siempre que la unión convivencial hubiere durado más de dos años; en consecuencia el hombre como la mujer pueden demandar a su cónyuge o conviviente pidiendo una pensión alimentaria.

Tampoco existe diferencia de derechos entre los hijos habidos dentro del matrimonio como los hijos habidos fuera del matrimonio o extramatrimoniales, sean éstos habidos en una relación convivencial o no, idéntica situación se da entre los mal llamados hijos alimentistas.

Situación similar es la de los hijos adoptivos, quienes tienen todos los derechos de un hijo matrimonial o reconocido, sin que se pueda hacer restricción alguna.

2.2.44.IMPROCEDENCIA PARA PEDIR ALIMENTOS

- Cuando no exista ningún vínculo de parentesco establecido por la ley.
- Cuando no se haya acreditado fehacientemente el entroncamiento entre el o la representante del alimentista y el representado, y en consecuencia no se haya acreditado la legitimidad para obrar.
- Para pedirse alimentos pre y pos natales y gastos de parto y embarazo, cuando hubiera transcurrido más de un año.
- Cuando el demandante no haya acreditado el interés para obrar.
- Cuando haya caducado el derecho de peticionar alimentos.
- Cuando el petitorio fuese jurídica y físicamente imposible.
- Cuando se ha acumulado indebidamente otras pretensiones.

2.2.45.HIJO EXTRAMATRIMONIAL PURAMENTE ALIMENTISTA

Es el llamado hijo alimentista, mal llamado decimos porque legalmente no es hijo; nuestra legislación familiar es muy clara al respecto, el hijo asume su condición de tal, vía el reconocimiento o la declaración judicial de paternidad o maternidad, si ninguna de las posibilidades se ha dado entonces legalmente este hijo si existe y si tiene padre o madre. Si no hubiera reconocimiento, cabe la posibilidad de investigar judicialmente la paternidad o maternidad; al respecto el artículo 402 del Código Civil consigna los cinco casos que posibilitan una investigación, artículo éste que criticamos por su carácter limitativo y restrictivo, dejando sin posibilidad de accionar a un gran número de madres solteras, que al no adecuar el modo, forma o circunstancia de la relación íntima con el varón a las formas o modos

del artículo 402 no pueden accionar; ahora bien, si la madre puede acreditar trato sexual con un varón en la época de la concepción, producto de lo cual ha engendrado una criatura, entonces tiene derecho a accionar no por filiación sino por alimentos, y se los pedirá a favor de su hijo a aquel varón con el que tuvo trato carnal; esta es la figura del artículo 415 del Código Civil.

En realidad lo que ha hecho el legislador peruano es conceder un derecho alimentario a este extramatrimonial no reconocido ni declarado, en una lógica de consuelo “ya que no le doy filiación al menos le doy alimentos”.

El demandado por alimentos, en este caso, puede excepcionarse si prueba que la madre sólo tuvo trato sexual con él, en la época de la concepción sino también con otro u otros varones, o si la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o si fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con ella; circunstancias ésta contempladas en el artículo 403 del Código civil. Si el demandado no puede excepcionarse por no encontrarse en ninguna de estas situaciones entonces estará obligado a los alimentos a favor de este extramatrimonial; al respecto diremos, si ello es así, y habiéndose probado el trato sexual en la época de la concepción por qué sólo darle alimentos y no darle filiación?. Sólo cabe decir que resulta injusta e irreal la fórmula, como injusta es la norma cuando se priva de alimentos al extramatrimonial por la inconducta de la madre, en el supuesto de la vida disoluta de ella o el haber tenido trato sexual con persona diferente al demandado.

Los alimentos de este extramatrimonial se extienden hasta los 18 años y sólo en forma excepcional se prolongan más allá de los 18 años cuando se encuentra incapacitado física o mentalmente; a este

extramatrimonial puramente alimentista no le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 424 ya estudiado por no tratarse de un hijo legalmente.

En conclusión fuera de los casos del artículo 402 (investigación de la paternidad), el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años. La pensión continua vigente si el hijo llegado a la mayoría de edad no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.

Para concluir con el extramatrimonial puramente alimentista, diremos que sus alimentos cubren lo necesario para el sustento, vestido, habitación, asistencia médica, y si es menor de edad (mayoría de los casos) su instrucción, educación y recreo.

2.2.46.DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO RECONOCIDO

Señala el profesor RUBIO CORREA que el principio del interés superior del niño implica el respeto a sus derechos como primera prioridad, cuando sus intereses colisionen o se encuentren con los de otras personas, incluso sus padres.³⁰

Hoy se puede afirmar que el proceso de socialización del niño en el seno de una familia tiene otros componentes que pertenecen al campo de los valores y la cultura, que se aprenden y fijan en el menor a partir de la conducta de sus padres; en un estudio sobre violencia estructural se llegó a la conclusión que: a) la ilegitimidad paterno filial genera

³⁰ RUBIO CORREA, Marcial, Estudio de la Constitución Política de 1993, T. II, Fondo Editorial de la Pontificia, Universidad Católica del Perú, Lima, febrero de 1999, pág. 22

problemas graves de individualidad y, b) en el proceso de socialización del niño no sólo contribuye la educación sino que se necesita incentivar capacidades creativa y afectivas en el seno familiar.³¹

Si bien la propia esencia de los derechos de la personalidad gira en torno a cada individuo, por lo que nacen y mueren con ellos, la técnica del jurista debe favorecer el beneficioso influjo que la familia puede aportar en los límites de la vida del ser humano.³²

Señala FERNÁNDEZ SESSAREGO citado por ZANNONI³³ que toda persona tiene el derecho a preservar para sí su identidad filiatoria. La identidad filiatoria tiene dos componentes:

- a) Componente estático: la identidad filiatoria está constituido por el dato biológico.
- b) Componente dinámico: la identidad filiatoria, presupone el arraigo de vínculos paterno – filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (paterno - filiales).

El derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, tiene sus propios matices. En el marco legal, le otorga una protección especialísima a través del principio del interés superior del niño como norma de apoyo al derecho fundamental a la identidad personal, sin embargo, este no es el único fundamento

³¹ *Ibidem*, págs. 27 — 28. Mac Gregor S.J., Felipe, Rubio Correa, Marcial, Vega Carreazo, Rudesindo, Marco Teórico y Conclusiones de la investigación sobre violencia estructural, Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1990, pág. 142-143

³² ESPÍN CÁNOVAS, Diego, Los Derechos de la Personalidad Familiar, En KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, T. I, Rubinzal — Alizioni Editores, Buenos Aires, 1999, pág. 181

³³ ZANNONI, Eduardo A, Adopción plena y derecho a la identidad personal, En KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho de familia y los nuevos paradigmas, T. I, Rubinzal — Alizioni Editores, Buenos Aires, 1999, pág. 232-233

jurídico para reafirmar la supremacía del derecho a la identidad personal sobre el derecho por ejemplo del presunto padre a no negarse a la investigación de paternidad alegando intimidad o integridad personal. La dignidad humana es el eje central que determina la primacía de uno u otro derecho fundamental en cada caso particular, en el citado, qué duda cabe que conocer la verdadera identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado dignifica a la persona, restablece su libertad, frente al derecho a la integridad o intimidad del presunto padre qué duda cabe que ésta circunstancia es inferior, porque no es menos digno ni menos libre quien es conminado a colaborar con la investigación de la identidad personal de otra persona, cualquier lesión a su esfera siempre será inferior a la lesión que sufre la persona cuya identidad no ha sido definida, la diferencia está en el grado de intensidad de la lesión y del alcance de un estándar de dignidad adecuado.

En cuanto al contenido del derecho a la identidad personal, podemos resumirlo en sus dos componentes, la verdad biológica y la verdad histórica, el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado tiene derecho a: a) conocer su filiación paterno filial — dimensión estática (datos biológicos) y, b) que no se altere su verdad histórica, a través de la falta de emplazamiento oportuno de la filiación paterno filial y el mantenimiento injustificado de su situación en el status 'de hijo no reconocido.

Tanto el progenitor, la madre ó quien ejerce la tenencia del menor son responsables de los daños que se ocasionen a su identidad personal como consecuencia de la inobservancia del alcance que el derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial tiene, ya que estos están en mejor posición de tomar precauciones — solicitar la filiación por paternidad extramatrimonial — para eliminar el status de hijo no

reconocido ni declarado. El Estado por su parte tiene la obligación legal de eliminar la distorsión anotada en el sistema de tutela del derecho a la identidad personal de hijos extramatrimonial no reconocido ni declarado.

2.2.47.ADOPCIÓN

“El Código Civil, en su Art. 377 define la adopción diciendo: “Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.”³⁴

Adopción proviene del latín adoptionem, de adoptio. Como tal expresaba la idea de elegir o desear a alguien o algo para asociar lo o vincularlo así mismo.

En el derecho romano se daba el nombre de adoptio al acto de adoptar a alguien. Se denomina adrogatio o arrogatio a la adopción de una persona que había llegado a la mayoría de edad, sui juris y datio in adoptionem, cuando se daba en adopción a alguien sobre quien se ejercía el control y poder, alieni iuris.³⁵

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, en su Art.115 igualmente define la adopción diciendo: “La adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno – filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.

³⁴ Ibid. Pág. 538

³⁵ Enrique Varsi Rospigliosi Ed. Gaceta Jurídica Pág.496

La adopción fue conocida por el Derecho Romano con las formas “Advocatio” “Adoptio” y “Adoptio minusplena”. Paso a España, siguió a las colonias y continuó en la República Peruana.”

No solo la sangre genera vínculos paternofiliales entre dos personas. La voluntad, a través de la forma preestablecida, puede generar una filiación incluso faltando el vínculo sanguíneo.

La adopción es amparada por los ordenamientos jurídicos a fin de constituir vínculos jurídicos entre personas que no la tiene de manera natural, consanguínea o biológica, consanguínea o biológica. Adoptio est actus legitimus, quo quis sibi filium facit quem non generavit (adopción es el acto legítimo por el cual alguien toma como hijo a quien no generó) es una de las más grandes creaciones del derecho, una fictio iuris. Con el tiempo esta institución, propia del derecho de familia adquiere un fuerte contenido tutelar teniendo como centro y eje al niño adoptado, el puerocentrismo adoptivo.

La adopción se constituye en un mecanismo jurídico de interés social que busca dar solución a los problemas sociales de la niñez desamparada, la falta de tutela, protección y compañía, la imposibilidad de procrear, así como también el requerimiento de legitimación de situaciones de hecho.

Es un munus público, un servicio, una función de interés público relevante, con motivos solidarios, humanitarios (pia causa).

2.2.48. REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN

“Para la procedencia de la adopción, según el Art. 378 del C.C, se requiere 1) Moralidad; 2) Edad requerida; 3) Consentimiento; 4) Ratificación; 5) Opinión del autor, curador o consejo de familia; 6)

Procedimiento; 7) Inventarios y aprobación de cuentas; y 8) Declaración de abandono.”³⁶

2.2.49.MORALIDAD

El adoptante debe gozar de solvencia moral. Si el adoptado es menor de edad es indispensable dotarle una familia donde se cultiven los valores morales que garanticen la formación de su personalidad. Son valores morales: la justicia, el bien, la caridad, la honradez, la dignidad, etc.

En consecuencia, no podrán ser adoptantes los delincuentes, los vagos, los -mafiosos, los viciosos, etc.

2.2.50.EDAD REQUERIDA

La edad del adoptante debe ser por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar. El Código Civil derogado exigía una edad mínima para adoptar de 50 años y una diferencia con el adoptado de 18 años.

Código Civil de 1984 vigente, en cambio no fija una edad mínima para adoptar, lo cual facilita el prohijamiento. Así por ejemplo, un niño de un año puede ser adoptado por quien tenga 19 años o más; un joven de 15 años no podrá ser adoptado por quien tenga no menos de 3 años (18 + 15= 33) y así sucesivamente.

³⁶ Loc. Cit.

2.2.51. CONSENTIMIENTO

Cuando el adoptante es casado, debe prestar su consentimiento el cónyuge, en razón de que por la adopción se introduce al hogar una persona extraña que puede afectar probables derechos hereditarios.

Por otra parte, si el adoptado es mayor de 10 años, también debe prestar su consentimiento, porque nadie interesado en la institución que él, y evita darle un padre o una madre que él rechaza.

Finalmente deben consentir los padres naturales del adoptado, si éste se halla bajo la patria potestad, porque ellos son directa o indirectamente afectados y tienen por misión velar por el porvenir de la prole.

2.2.52. RATIFICACIÓN

Los padres naturales deberán concurrir al Juzgado de familia a ratificar su consentimiento otorgado para la adopción

2.2.53. OPINIÓN DEL TUTOR, CURADOR O CONSEJO DE FAMILIA

En caso de que el adoptado fuese incapaz o estuviese sometido a tutela o curatela, deberán escuchársele al tutor o curador y al consejo de familia, quienes no prestarán consentimiento, sino que opinan únicamente, la que puede ser aceptada o no por el Juez.

2.2.54. ESTADO DE ABANDONO

Este requisito es únicamente cuando se trata de menores de edad. En efecto, el Art. 117 de la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes, dice: “para la adopción de niños y adolescentes se requiere que hayan sido DECLARADOS PREVIAMENTE EN ESTADO DE ABANDONO, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el Art. 378 del Código Civil.”

2.2.55. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN

“Según la Ley 27442 publicada en Gaceta Jurídica N° 89-A, Pág. 33, existen 4 tipos de procedimiento; dos para mayores de edad y dos para menores de edad.”³⁷

2.2.56. PROCEDIMIENTO PARA MAYORES

A. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

La adopción se lleva a cabo ante el Juez especializado en lo civil, conforme a las reglas contenidas en los artículos 781 a 785 del Código Procesal Civil, para los procesos no contenciosos.

La demanda se confeccionara según las exigencias establecidas por los artículos 130, 424 y 425 del C.P.C. Véase los comentarios a estos artículos en el Código Procesal Civil comentado por el mismo autor.

³⁷ Ibid. Pág. 539

Se acompañara a la demanda como anexos: Fotocopia del D.N.I. (Documento Nacional de Identidad) que reemplaza a la Libreta Electoral usada en forma tradicional, copias de las partidas del nacimiento del adoptado y del adoptante, copias de las partidas de matrimonio si ellos fueran casados, los medios probatorios destinados a acreditar la solvencia moral del adoptante, documento judicial que acredite que las cuentas de la administración han sido aprobadas si el solicitante ha sido representante legal del adoptado, copia certificada del inventario y valorización judicial de los bienes que tuvieran el adoptado y garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del Juez, si el adoptado fuera incapaz.

La demanda se entenderá con el adoptado por ser mayor de edad, empero, si éste es incapaz, se emplazara a su representante legal y al Ministerio Público.

En la audiencia única se ratificaran en su voluntad de adoptar, el adoptante y su cónyuge si fuera casado, de una parte, y de la otra, se ratificarán en su voluntad de ser adoptados, el beneficiario con esta medida y su cónyuge, si fuese casado.

En ejecución de sentencia, el Juez oficiará a los registros del Estado Civil para que anote la adopción al margen de la partida de nacimiento del adoptado, y para que extienda una nueva partida como si se tratara de un hijo natural, figurando como declarante los padres adoptivos.

El menor que llega su mayoría de edad o el incapaz que recobra sus facultades, tiene el plazo de un año para revocar la adopción.

B. PROCEDIMIENTO NOTARIAL.

“Al Poder Judicial se le ha acusado de extrema lentitud, trámite costoso por las tasas judiciales y por la coima. Como una medida de combatir tales deficiencias, se ha introducido como reforma el establecimiento del “FUERO NOTARIAL, autorizando a los Notarios el trámite de los procesos no contenciosos, entre los que figura el proceso de adopción. Esta reforma ha sido hecha por mandato de la Ley 26662, publicada en gaceta Jurídica N° 34, Pág. 159. Esta ley ha sido modificada por leyes números 26687, 26809 y 26987 (Gaceta Jurídica N° 36, Pág. 153 N° 43, Pág. 122 y N° 60, Pág. 3).”³⁸

Este fuero ha resultado más expeditivo, menos costoso y está exento de corrupción. Su trámite dura apenas un mes, lo que en el Poder Judicial demora uno, dos o tres años.

2.2.57.PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MENORES

Para menores de edad existen dos procedimientos:

A. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

“Se lleva a cabo ante PROMUDEH. Este organismo burocrático integra el “Ente Rector” y su nombre deriva de la frase: “Ministerio de Promoción de la Mujer y Derechos Humanos”. Las atribuciones del PROMUDEH se encuentran prolijamente reglamentadas por los

³⁸ Ibid. Pág. 540

artículos 27 al 41 de la Ley 27337. Código de los Niños y Adolescentes.”³⁹

La adopción se tramita conforme a los artículos 115 a 128 del mismo Código.

B. PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

Se hace ante el Juzgado de familia y procede en los casos previstos en el Art. 128 de la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes.

2.2.58.SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

Entre la adopción de adultos y de menores, existen en común en que ambos buscan una nueva familia al adoptado. Se diferencian en lo siguiente:

- a) Ambas tienen legislación propia. La adopción de mayores de se rige por el código Civil, en tanto la adopción de menores, lo hace por el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley 27337.
- b) Ambas adopciones exigen los mismos requisitos previstos en el Art. 378 del Código Civil, excepto la adopción de menores que exige uno o más: la declaración del menor en estado de abandono.
- c) La adopción de menores cuenta con un Ente Rector (PROMUDEH) encargado del control y fiscalización de las

³⁹ Loc. Cit.

adopciones, en cambio, la adopción de mayores no cuenta con ese organismo burocrático administrativo.

d) La adopción de menores tiene para su control un Registro Nacional de Adopciones que pueden proporcionar datos globales para las estadísticas y orientación de la política proteccionista familiar. La adopción de mayores no cuenta con ese Registro.

e) La adopción de mayores es simple y sencilla en su trámite que es uno solo (proceso civil) en cambio la adopción de menores, exige un trámite administrativo y otro judicial.

“Una de las deficiencias más notorias reside en ciertos requisitos exigidos para la adopción”.

“Desde luego, la edad de 50 años como mínimo para adoptar parece excesiva. A esa edad se puede empezar a ser padre tan ineficiente como abuelo cariñoso la razón de la norma consiste en que, mientras un varón o una mujer puede procrear, no es del caso permitirle que adopte a un hijo ajeno por la presunción de que tal posibilidad queda clausurada a los 50 años es gratuita en muchos casos y, sobre todo, se olvida que la adopción, aunque busca el objetivo de satisfacer el instinto de paternidad o maternidad, se dirige sobre todo a brindar un hogar a quien no lo tiene. La exigencia de tal edad resalta aún más desde que la ley no prevé el caso de poderse probar indubitablemente que por razones anatómicas o fisiológicas, es imposible que alguien pueda procrear; lo que es decir que, hasta en tal hipótesis, el pretense adoptante debe seguir esperando a sobrepasar los cincuenta años de edad”.

“Por lo demás, el Código Peruano es uno de los más extremados y rígidos en este punto, pues en muchos otros la edad mínima que se exige o es mucho menor o se calcula elásticamente añadiendo la edad del pretendido hijo a la pubertad del pretendiente a padre o madre”.

“En cuanto a los consentimientos y opiniones que exige el Código de 1936 para viabilizar la adopción, tiene justificación algunos, como el de los padres del adoptado, de éste mismo si alcanza cierta edad, y del cónyuge del adoptante si el adoptado ha de vivir en el hogar de aquellos; pero el que se pida al cónyuge del adoptado parece excesivo o injustificado y ha originado ya, en la práctica, abuso que la jurisprudencia suprema hubo de enmendar con notoria justicia pero discutible legalidad”.

“Fueron éstas sin duda, las razones por las cuales primero el Código de Menores (Ley N° 13968, año 1962)” y después el Decreto Ley N° 22209 de 15 de julio de 1978, han introducido importantes modificaciones en algunos de los requisitos señalados. Obra citada, Pág. 557.

- 1) Durante la vigencia del Código Civil de 1936 la adopción se hacía mediante el mismo trámite ante el Juez Civil para adultos y menores. Ahora se ha desdoblado, en la forma siguiente:
 - a) Para la adopción de mayores de edad, se hace conforme a las disposiciones del código Civil de 1984, artículos 377 a 385.
 - b) “Para los menores de edad en estado de abandono, el trámite de adopción se hace ante el PROMUDEH

(Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano), conforme a los trámites previstos en los artículos 115 a 128 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337. el numeral 117 prescribe: “Para la adopción de niños y adolescentes se requiere que hayan sido declarados previamente en ESTADO DE ABANDONO, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 378 del Código Civil.”⁴⁰

En vía de excepción, se podrá adoptar a menores, en los casos siguientes: “Art. 128 Excepciones en vía de excepción podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o adolescente, las peticiones siguientes: a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o del adolescente por adoptar. En este caso el niño y adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y c) El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un periodo no menor de dos años”.

La ley 27442, modifica el Art. 379 del Código Civil sobre trámite de adopciones, se ha publicado en gaceta Jurídica N° 89-A, pág. 33.

⁴⁰ Obid. Pág. 542

2.2.59. OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antiguamente, el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos establecido por mandato judicial se contemplaba en los fueros civiles. En los tiempos modernos, incluso antes de la vigencia del presente código penal, se introduce en la legislación penal por medio de la ley N° 13906. La razón por la que este hecho pasa a regularse por el Derecho Penal de debe, fundamentalmente a que el incumplimiento de los deberes alimentarios ponían, en la mayoría de caso, en peligro la vida y la salud de algunas personas. A esto se une que en la actualidad la familia se convierte en el núcleo básico de la sociedad en la que vivimos.

Todo esto queda corroborado por la misma constitución al establecer en su art. 4 que la comunidad y el Estado protegen a la familia reconociéndola como una institución natural y fundamental de la sociedad.

Teniendo esto en cuenta, el actual Código Penal acoge un Capítulo especial denominado “Omisión de Asistencia Familiar”.

El bien jurídico protegido en él es la familia, dado que este capítulo está ubicado en el Título III, “De los delitos contra la familia”.

Pero es necesario precisar este bien jurídico, puesto que no se protege toda la familia, sino, específicamente, deberes de tipo asistencial, donde prevalece aún más la idea de seguridad de las personas afectadas que la propia concepción de la familia.

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA ECONÓMICA (Art 149 CP)

Descripción Legal

Art. 149 “El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial ser reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicios comunitarios de veinte u cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en convivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y esta pudieron ser previstas, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

Bien Jurídico Protegido

Es la familia, específicamente los deberes de tipo asistencial, prevaleciendo de esta forma la idea de seguridad de las personas afectadas.

Tipicidad Objetiva

- 1) Sujeto activo es toda persona que tiene la obligación de prestar alimentos de acuerdo a una resolución judicial.
- 2) Sujeto pasivo es la persona a la que se le debe prestar los alimentos, puede ser mayor o menor de edad.
- 3) Acción típica

El comportamiento consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida por una resolución judicial. Es un delito de omisión propia, donde la norma de mandato consiste en la obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con los deberes legales de asistencia.

Para la ejecución del tipo no se requiere la causación de un perjuicio, ya que es suficiente con la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Por eso se dice que es un delito de peligro. Es decir basta con dejar de cumplir con la obligación para realizar el tipo, sin que sea necesario que debido a tal incumplimiento se cause un perjuicio a la salud del sujeto pasivo.

Es un delito continuado donde la pluralidad de hechos es considerada jurídicamente como una sola acción dando lugar a un solo delito.

Como presupuesto a este delito se exígela previa celebración de un juicio de alimentos, en el que se va a precisar por el juez el deber de asistencia inherente a la institución familiar; en este sentido, la obligación familiar va a venir fijada por una resolución judicial. Por tanto, por ej. No cometer este delito Hermenegildo quien, a pesar de estar casado con Laura y vivir separados de hecho deja de darle mensualmente a esta los doscientos dólares por alimentos que solía entregarle, al haberse conseguido otra mujer, puesto que en este caso no se ha seguido ningún procedimiento judicial.

El Código Penal utiliza el término de resolución, por lo que comprende tanto la sentencia del juicio de alimentos como el auto previsional de alimentos una asignación o monto que establece el juez hasta que termine el proceso civil.

En relación con este delito, se ha acreditado que constituye un auténtico de prisión por deudas, ante lo cual hay que tener en cuenta lo siguiente: en primer lugar, la constitución política del Perú en su artículo 2, 24, c) niega la existencia de la prisión por deudas, hecho que no limita el mandato judicial por cumplimiento de deberes alimentarios; en segundo lugar, en el art. 149 CP no se castiga al deudor por ser tal, sino que comente un acto penado por la ley, el mismo que dio origen a la deuda. A pesar de estas consideraciones, no obstante, es evidente que con esta disposición se incumple el principio del derecho penal como última ratio, es decir, el recurso al Derecho penal como última instancia para la resolución de los conflictos sociales; de ahí que algunos autores planteen la inconstitucionalidad de esta clase de disposición, sobre todo si se toma en cuenta que ya existía una disposición específica en nuestro Código penal donde se tipifica el delito de desobediencia a la autoridad art. 368 CP.

2.2.60.LEGISLACIÓN DE FAMILIA

Normas que rigen la institución del derecho de familia y el derecho de los alimentos.

2.2.61.REALIDAD

Es todo lo que existe, y aquello que se puede percibir sensorialmente, a través del razonamiento y que permite tomar conciencia de ello.

2.2.62.CÓDIGO CIVIL

“Artículo 402.- “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
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. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415.
7. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la 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.”⁴¹

⁴¹ Del Carpio Rodríguez, Columba; Derecho del Niño y del Adolescente; Impresiones Dongo Arequipa I edición 2001

El juez desestimará 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.

Artículo 415.- “Fuera de los casos del artículo 02, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de los dispuesto en este artículo.”

Artículo 417.- “La acción que corresponde al hijo en el caso del artículo 415 es personal, se ejercita por medio de su representante legal y se dirige contra el presunto padre o sus herederos. Estos sin embargo, no tienen que pagar al hijo más de los que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado.”

Artículo 423.- “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3. Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.

7. Administrar los bienes de sus hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos, se está a lo dispuesto en el artículo 1004.”

Artículo 472.- “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia.

Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo.”

Artículo 474.- “Se deben alimentos recíprocamente:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes
3. Por Los hermanos.”

Artículo 475.- “Los alimentos, cuando sean dos o más obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

1. Por el cónyuge.
2. Por los descendientes.
3. Por los ascendientes.
4. Por los hermanos.”

2.2.63.PRESUNCION DE PATERNIDAD

ARTÍCULO 361°.- PRESUNCION DE PATERNIDAD

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

ARTÍCULO 362°.- PRESUNCION DE HIJO MATRIMONIAL

El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

ARTÍCULO 363°.- NEGACION DE LA PATERNIDAD

El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

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 veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando esta judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
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 vinculo parental. El Juez desestimara 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.

ARTICULO 366°.- IMPROCEDENCIA DE LA ACCION CONTESTATORIA

Inciso 2.- Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.

ARTICULO 396°.- RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA

El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

ARTICULO 404°.- DECLARACION JUDICIAL DE PATERNIDAD DEL HIJO DE MUJER CASADA

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.

2.2.30.CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 74.- “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral.
- b) Proveer su sostenimiento y educación.
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente.
- e) Tenerlos en compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil.
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención.

- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran.
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil.”

Artículo 75.- “Suspensión de la patria potestad:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causad de naturaleza civil.
- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan.
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad.
- e) Por maltratarlos física o mentalmente.
- f) Por negarme a prestarles alimentos.
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 del Código Civil.”

Artículo 92.- “Definición.- Se considera alimentos los necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de posparto.”

Artículo 93.- “Obligados a prestar alimentos.- Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:

1. Los hermanos mayores de edad.
2. Los abuelos.
3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado.
4. Otros responsables del niño o del adolescente.”

Artículo 94.- “Subsistencia de la obligación alimentaria.- La obligación alimentaria de los padres continúa en caso de suspensión o pérdida de la Patria Potestad”

2.2.64. CÓDIGO PENAL

Artículo 149.- “Omisión de asistencia alimentaria.- El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.”

Art. 368.-Desobediencia o resistencia a la autoridad

El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

2.2.65. CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 546 inciso 1.- “Se tramitan proceso sumarísimo el asunto de alimentos.”

Artículo 547.- “Competencia.- Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en el inciso 2, del artículo 546, los jueces de Familia. En los casos de los incisos 3, 5 y 6, son competentes los Jueces Civiles.

Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1 del artículo 546, siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pensiones en la demanda. En los demás casos, son competentes los Jueces de Familia.

En el caso del inciso 4, del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cinco unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco unidades de referencia procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados.

En el caso del inciso 7 del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez unidades de referencia procesal, es competente el Juez de Paz; cuando supere ese monto, el Juez de Paz Letrado.”

Artículo 560.- “Competencia especial.- Corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de éste.”

Artículo 563.- “Prohibición de ausentarse.- A pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar. El Juez puede prohibir al demandado ausentarse del país, mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada. Con tal objeto cursará oficio a las autoridades competentes.”

Artículo 565.- “Anexo especial de la contestación.- El Juez no admitirá a la contestación si el demandado no acompaña la última declaración jurada presentada para la aplicación de su Impuesto a la Renta o del documento que legalmente la sustituye. De no estar obligado a la declaración citada, acompañará una certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada.

En este caso es de aplicación el segundo párrafo del artículo 564.”

Artículo 566.- “Ejecución anticipada.- La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado.

Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de éste. Si el pago se hace por consignación, se hará entrega inmediata al acreedor sin trámite alguno. No son de aplicación los artículos 802 al 816.”⁴²

2.2.66.DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO HUMANO

El Derecho a la Identidad es un derecho humano fundamental y, como tal, está íntimamente vinculado a la dignidad de la persona. No es posible concebir el desarrollo integral del ser humano al margen de este derecho. No en vano ha sido definido como el "derecho a ser uno mismo"⁴³, y es que se trata de un complejo derecho que implica no sólo el derecho al nombre, sino coincide en identificar dos ámbitos de protección: el primero, compuesto por el conjunto de características objetivas y constantes en el tiempo, tales como el nombre, fecha de nacimiento y filiación, que permiten diferenciar entre uno y otro individuo, aspecto denominado como Identidad Estática. El segundo aspecto está compuesto por un conjunto de elementos vinculados con la pertenencia cultural, espiritual, política y religiosa de la persona, los cuales no son inmutables, pueden ir variando a lo largo del tiempo y conforman lo que se conoce como la Identidad dinámica. Ambos aspectos del derecho a la identidad deben ser protegidos y garantizados por el Estado.

2.2.67.DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Entre los términos dignidad e identidad existe una conexión indesligable que podríamos denominar de finalidad y medio. La

⁴² Loc. Cit.

⁴³ DOGLIOTI, citado por Juan Espinoza Espinoza, en Tratamiento de los derechos de la persona en el Código Civil Peruano. Editorial Huallaga, 2da Edición, Lima, 1998, pág. 180.

dignidad es el principio fundamental que da sentido a los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la identidad personal. Como bien señala el constitucionalista LANDA ARROYO: "El respeto a la dignidad humana se incardina, más bien, en la perspectiva contemporánea de los derechos fundamentales del constitucionalismo social que, partiendo de un status positivo de la libertad, reconoce que todas las personas tienen tanto las mismas Capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente, como que también para ello, cuenta con la promoción y auxilio de los Poderes políticos.⁴⁴ Rescatamos de éste concepto la idea de igualdad en oportunidades y capacidades que busca la dignidad humana, éste dato será esencial para comprender el derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial en todo su real contenido. La persona humana, el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, debe contar con las mismas oportunidades y capacidades que cualquier otro menor de edad si queremos respetar su dignidad, el Estado y la normativa jurídica debe de hacer propio este parámetro en su política legislativa.⁴⁵

Agrega PLACIDO V. que la positivación constitucional de la dignidad humana busca hacer posible la realización y desenvolvimiento de la personalidad a nivel individual, en la medida que los miembros de una

⁴⁴ LANDA ARROYO, César. "Dignidad de la persona humana". En IUS ET VERITAS, Revista de Derecho PUCP, N° 21, Lima, 2000. Pág. 11

⁴⁵Nota, dicho en otros términos: La dignidad humana es un principio rector de la política constitucional – indrizzo Político, en la medida que dirige u orienta positiva y negativamente la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. Positivamente, en la medida que todos los poderes y organismos públicos deben asegurar el desarrollo de la dignidad humana en los ámbitos del proceso legislativo, judicial y administrativo. Negativamente, en cuanto deben evitar afectar la dignidad humana a través de las leyes, resoluciones y actos administrativos que emitan, ya que todos los poderes públicos están vinculados directamente a la constitución en un sentido formal y material, en LANDA ARROYO, César. "Dignidad de la persona humana", En IUS ET VERITAS, Revista de Derecho PUCP, N° 21, Lima, 2000. Pág. 17

sociedad en particular y los poderes públicos respeten la libertad y los derechos del individuo.⁴⁶

Otro aspecto relevante de la dignidad humana consiste en que la persona como un ente psicosomático ético espiritual puede por su propia naturaleza libremente autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea.⁴⁷ Cuanto de importante revela éste componente de la dignidad humana para los fines de la investigación, sobre estas palabras podemos arribar sin tropiezos a afirmar que todo obstáculo en la libertad de autodeterminación de una persona constituye una lesión a su dignidad, los hijos extramatrimoniales no reconocidos ni declarados son un caso concreto de obstáculo a la libertad de autodeterminación, puestos en una condición desigual qué duda cabe que su dignidad humana ha sido menoscabada y su libertad recortada, sin necesidad de entrar al tema específico de su identidad personal. A través del principio rector de la dignidad humana podemos avizorar lo objetivo de la lesión del status de hijo no reconocido ni declarado. Estas aproximaciones reafirman la instrumentalidad del derecho a la identidad personal como remedio indiscutible para la eliminación de la lesión a la dignidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado.

2.2.68. CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

A nivel del Derecho Civil, Código Civil propiamente dicho, los derechos de la persona — el derecho a la identidad personal — son

⁴⁶ PLACIDO V., Alex F. El Derecho a la Integridad Personal en la Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, Colección Biblioteca Jurídica Contemporánea N° 1, San Marcos, Lima, 2004. Pág. 10

⁴⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Humanos y la Constitución, Gráfica Horizonte, Lima, febrero de 2001. Pág. 21

prerrogativas de contenido extra patrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, que no pueden ser privadas por el Estado ni los particulares, ya que ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad".⁴⁸ La positivización en el área del Derecho Civil obedece a la necesidad de reafirmar la condición de hombre libre y la inalienabilidad e irrenunciabilidad de los principios o derechos a la vida, integridad personal y honor; el orden normativo debe velar por su correcta elaboración y aplicación, eliminando los obstáculos que sin justificación impiden a la persona el cumplimiento de su proyecto vital.⁴⁹

El profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO⁵⁰ para quien la identidad personal goza de dos componentes básicos, el dinámico y el estático, señala el jurista peruano:

"La identidad -hablase jurídicamente confinado en el aspecto biológico del ser humano, aspecto al que se suele comúnmente designar con la expresión "identificación". Solicitar a una persona que se identifique suponía que ella manifestase sólo cuál era su nombre, se verificase sus huellas- digitales y, en general el que proporcionase los datos consignados en su documento de identidad. Dentro de este planteamiento no jugaba ningún rol la libertad en cuanto ser del hombre".

"Sólo en tiempos recientes se ha evidenciado que la identidad no se confunde con la identificación, cuyos datos son generalmente

⁴⁸ PLACIDO V., Alex F. Filiación y Patria Potestad. En la doctrina y en el jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2003, pág. 22

⁴⁹ REVOREDO DE DEBAKEY, Delía. Código Civil W. Exposición de Motivos y Comentarios. Título Preliminar, Derecho de las personas, Acto Jurídico, Derecho de Familia, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985. págs. 61-63

⁵⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Daño a la Identidad personal", En THEMIS, Revista de Derecho PUCP N° 36, Lima, 1997. Pág. 248

invariables, sino que por su calidad ontológica de ser libre el hombre está también dotado de una identidad dinámica, la cual está conformada por las características de su personalidad. De ahí que la identidad esté esencialmente vinculada con la libertad, desde que el ejercicio de ésta permite el despliegue de la personalidad en el tiempo. La biografía de un ser humano no se contrae a poner sólo en evidencia su nombre o el día en que nació; sino, principalmente, a resaltar sus obras, el producto de su libre quehacer vital en el tiempo, bosquejar el perfil de su personalidad. La pregunta ¿Quién eres? No se reduce, por cierto, a una respuesta que pone sólo de manifiesto, elementos estáticos de la identidad sino, sobre todo, aquellos de carácter dinámico propios de su personalidad.

2.3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

En la actualidad y luego de la revisión bibliográfica en la Universidad Católica de Santa María y en la Universidad Nacional de San Agustín de nuestra ciudad, se ha verificado que no existen estudios referidos al tema materia de esta investigación, Es improcedente la aplicación del artículo 415 del Código Civil en los Procesos de Alimentos de los Hijos Extramatrimoniales No Reconocidos, en los Juzgado de Paz Letrados de Arequipa, de enero a diciembre del 2006, esta figura jurídica que en la actualidad tiene vigencia y se aplica en forma indebida pese haberse modificado el artículo 402 del Código Civil, en forma positiva tiene trascendencia en nuestra sociedad.⁵¹

⁵¹ Sabino, Carlos A. El Proceso de Investigación. Buenos Aires: Edit. Lumen.1996

CAPÍTULO II

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS



CUADRO MATRIZ

CUADRO MATRIZ DE REGISTRO DE PROCESOS DE ALIMENTOS TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DEL PODER JUDICIAL DE AREQUIPA AÑO 2006

JUZGADOS	NUMERO DE PROCESOS JUDICIALES DE ALIMENTOS	NUMERO DE PROCESOS EN TRAMITE	NUMERO DE PROCESOS SENTENCIADOS	NUMERO DE PROCESOS EN EJECUCIÓN	NUMERO DE PROCESOS RECHAZADOS	NUMERO DE PROCESOS CON MEDIDA CAUTELAR	NUMERO DE PROCESOS CON APERCIBIMIENTO
SEGUNDO	67	42	15	15	10	39	12
TERCERO	72	51	21	18	--	41	17
TOTALES	139	93	36	33	10	80	29

CUADRO DE PROCESO SENTENCIADOS Y EN TRÁMITE

	F	%
NÚMERO DE PROCESO SENTENCIADOS	36	28%
NÚMERO DE PROCESOS EN TRÁMITE	93	72%
TOTAL	129	100%



REALIDAD JURÍDICA**CUADRO N° 1****NUMERO DE PROCESOS JUDICIALES POR ALIMENTOS SEGUN
JUZGADOS**

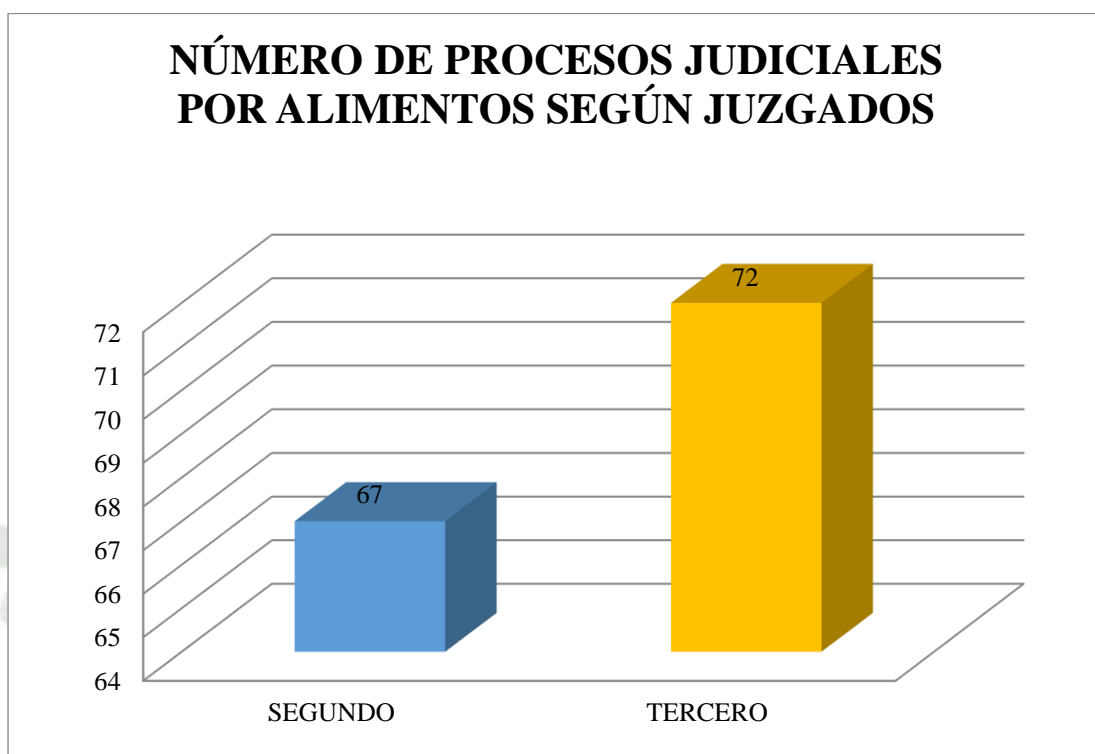
<u>JUZGADO</u>	<u>F</u>	<u>%</u>
SEGUNDO	67	48%
TERCERO	72	52%
TOTAL	139	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006

INTERPRETACIÓN

De acuerdo al registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, de un total de 139 casos entre el segundo y tercer juzgado, se encontró en el segundo juzgado 67 casos de procesos judiciales por alimentos, que equivale al 48% del total de la muestra, mientras que, en el tercer juzgado se encontró un total de 72 casos que equivale al 52% del total, dando como sumatoria el 100% del total de la muestra equivalente a los 139 casos.

GRÁFICO 1



Fuente: El investigador



CUADRO N° 2**NUMERO DE PROCESOS RECHAZADOS**

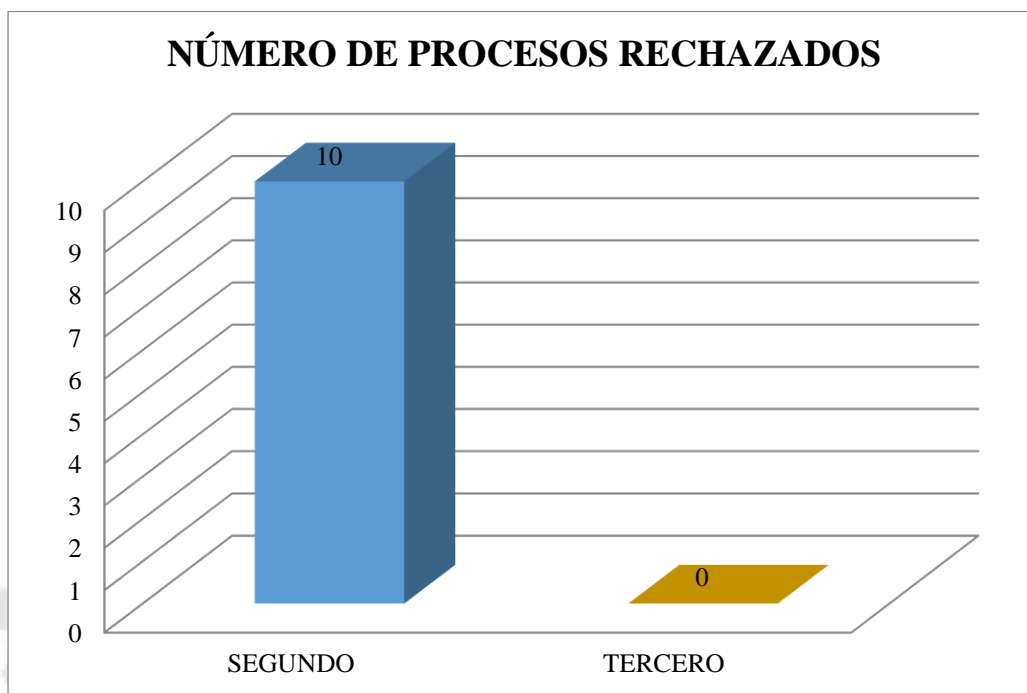
<u>JUZGADO</u>	<u>F</u>	<u>%</u>
SEGUNDO	10	100%
TERCERO	----	0%
TOTAL	10	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006

INTERPRETACIÓN

El número de procesos rechazados en los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2005, solo se encontró 10 casos en el segundo juzgado especializado, esto equivale al 100% del total.

GRÁFICO 2



Fuente: El investigador



CUADRO N° 3**NUMERO DE PROCESOS SENTENCIADOS**

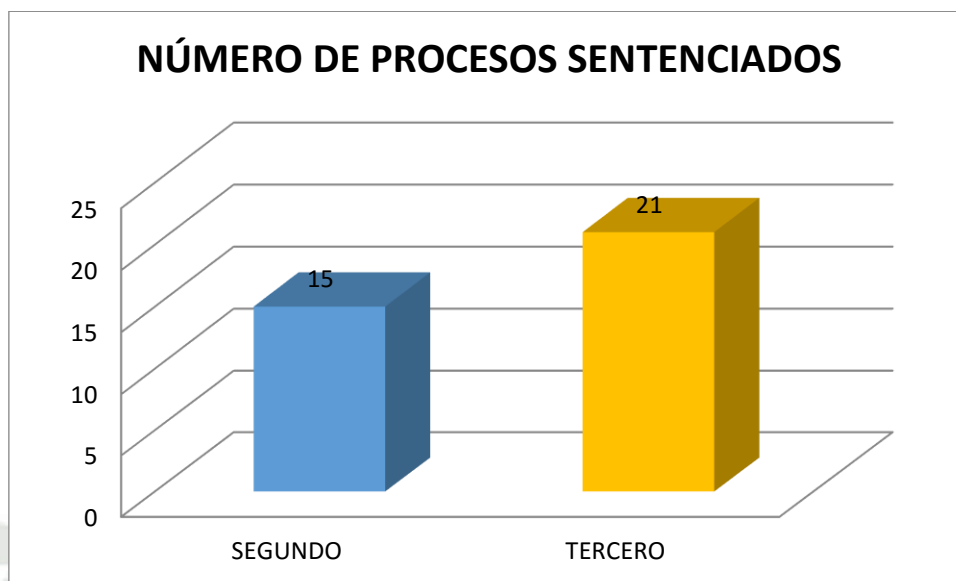
<u>JUZGADO</u>	<u>F</u>	<u>%</u>
SEGUNDO	15	42%
TERCERO	21	58%
TOTAL	36	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006

INTERPRETACIÓN

El número de procesos sentenciados en los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, solo se encontró 15 casos en el segundo juzgado especializado, esto equivale al 42% del total de 36 expedientes; mientras que en el tercer juzgado se encontró 21 casos que equivale al 58% del total de la muestra correspondientes a 36 expedientes, dando como sumatoria 100%.

GRÁFICO 3



Fuente: El investigador



CUADRO N° 4

NUMERO DE PROCESOS EN EJECUCIÓN

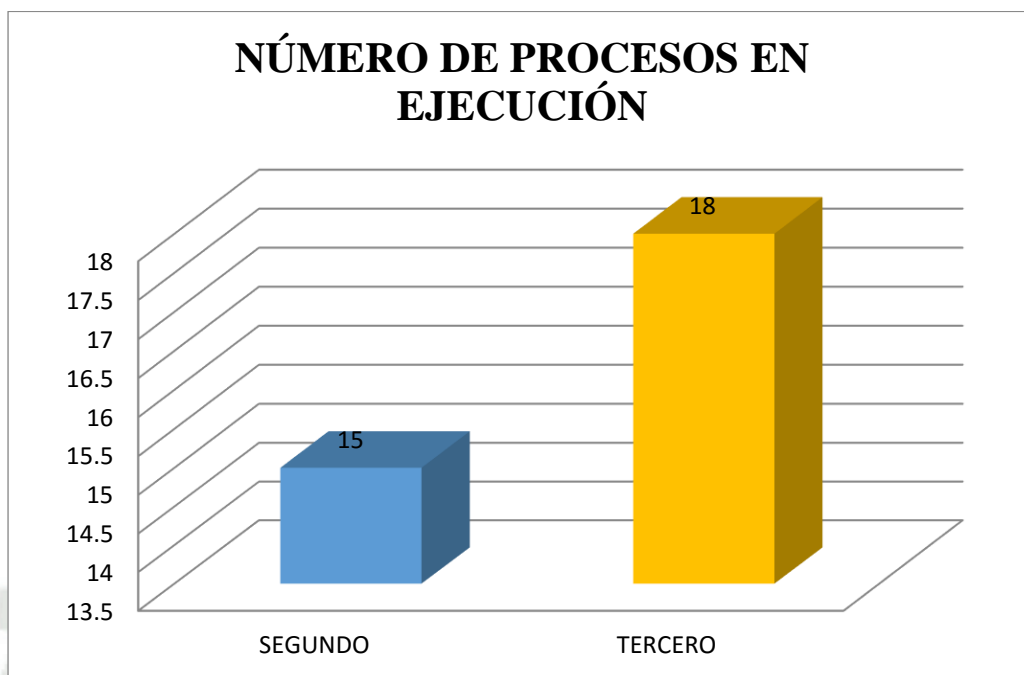
<u>F</u> <u>u</u> <u>e</u> <u>n</u> <u>t</u> <u>e</u> <u>:</u>	<u>JUZGADO</u>	<u>F</u>	<u>%</u>
	SEGUNDO	15	45%
	TERCERO	18	55%
	TOTAL	33	100%

registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006

INTERPRETACIÓN

El número de procesos sentenciados en los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, solo se encontró 15 casos en el segundo juzgado especializado, esto equivale al 45% del total de 33 expedientes; mientras que en el tercer juzgado se encontró 18 casos que equivale al 55% del total de la muestra correspondientes a 33 expedientes, dando como sumatoria 100%.

GRÁFICO 4



Fuente: El investigador



CUADRO N°5**PROCESOS CON MEDIDA CAUTELAR**

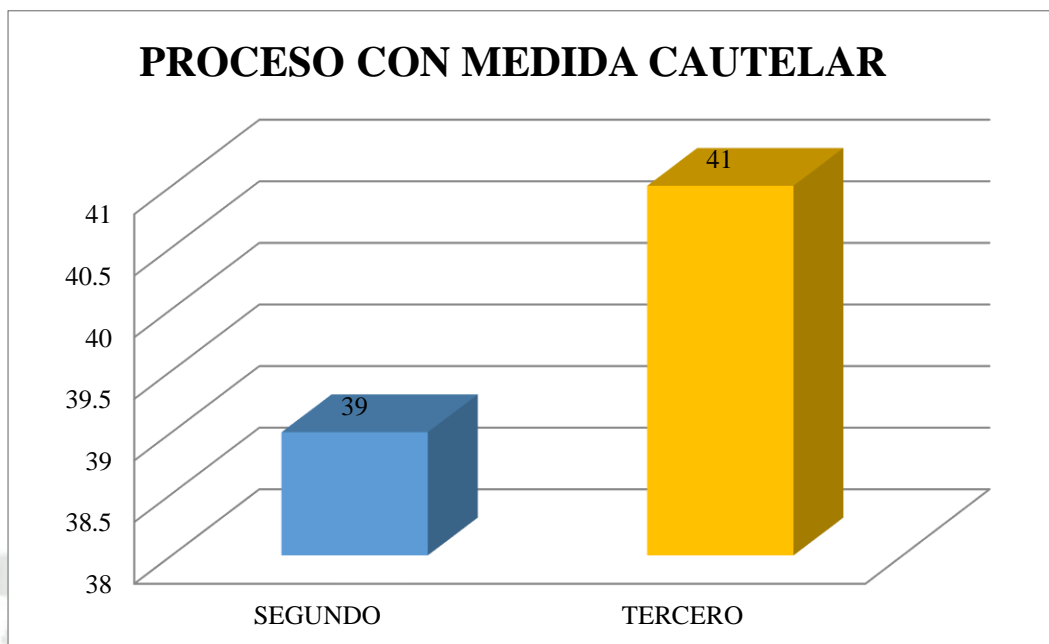
<u>JUZGADO</u>	<u>F</u>	<u>%</u>
SEGUNDO	39	49%
TERCERO	41	51%
TOTAL	80	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006

INTERPRETACIÓN

Los procesos con medida cautelar tramitados en los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, del total de 80 casos entre el segundo y tercer juzgado; se encontró en el segundo juzgado 39 casos con medida cautelar, que equivale al 49% del total de la muestra, mientras que, en el tercer juzgado se encontró un total de 41 casos que equivale al 51% del total, dando como sumatoria el 100% del total de la muestra equivalente a los 80 casos.

GRÁFICO 5



Fuente: El investigador



CUADRO N° 6**PROCESOS CON APERCIBIMIENTO**

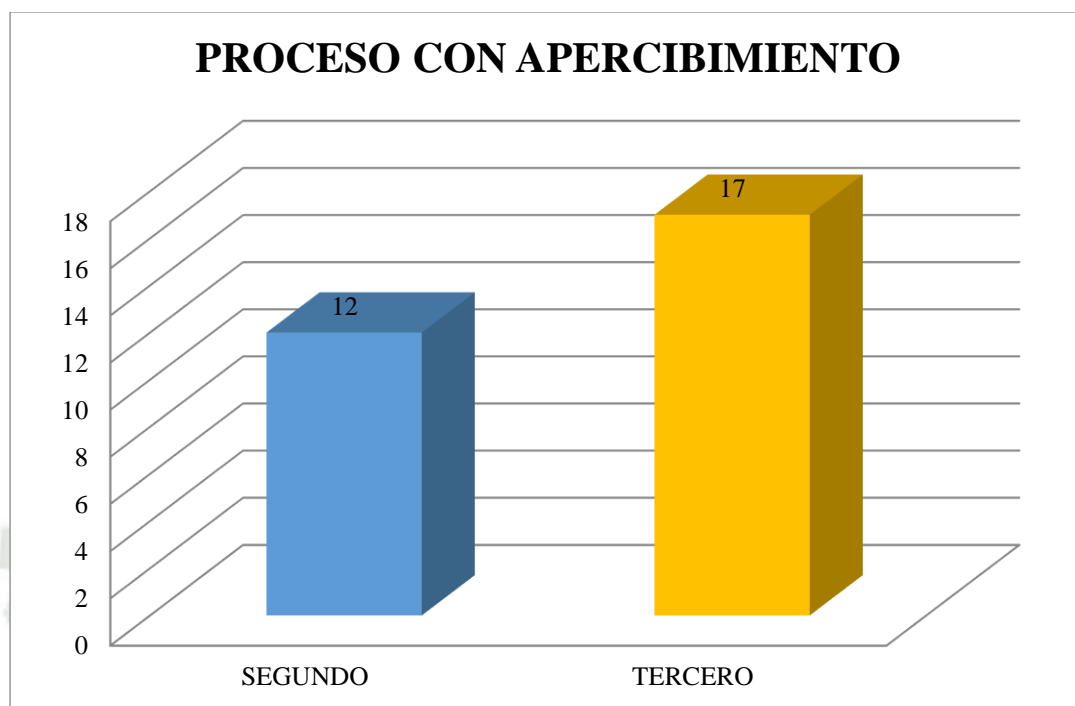
<u>JUZGADO</u>	<u>F</u>	<u>%</u>
SEGUNDO	12	41%
TERCERO	17	59%
TOTAL	29	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006

INTERPRETACIÓN

En los procesos con apercibimiento tramitados en los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, del total de 29 casos entre el segundo y tercer juzgado; se encontró en el segundo juzgado 12 casos con apercibimiento, que equivale al 41% del total de la muestra, mientras que, en el tercer juzgado se encontró un total de 17 casos que equivale al 59% del total, dando como sumatoria el 100% del total de la muestra equivalente a los 29 casos.

GRÁFICO 6



Fuente: El investigador



CUADRO N° 7
PROCESO EN TRÁMITE

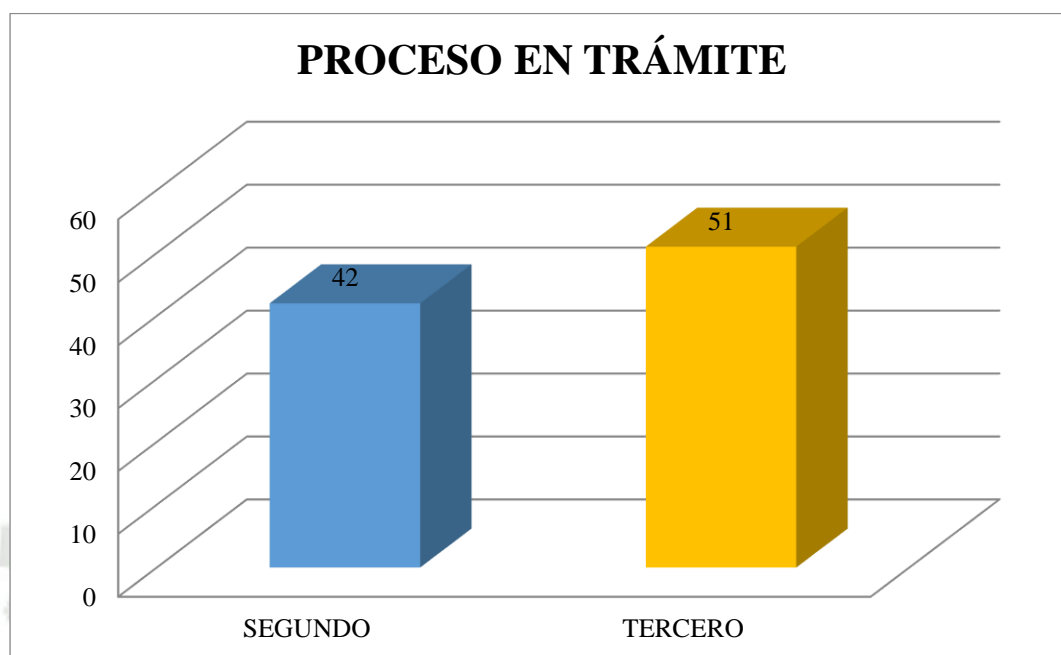
<u>JUZGADO</u>	<u>F</u>	<u>%</u>
SEGUNDO	42	45%
TERCERO	51	55%
TOTAL	93	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006.

INTERPRETACION

Los procesos que se encuentran en trámite en los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, del total de 93 casos entre el segundo y tercer juzgado; se encontró en el segundo juzgado 42 casos en trámite, que equivale al 45% del total de la muestra, mientras que, en el tercer juzgado se encontró un total de 51 casos que equivale al 55% del total, dando como sumatoria el 100% del total de la muestra equivalente a los 93 casos.

GRÁFICO 7



Fuente: El investigador



CUADRO N° 1

HIJOS ALIMENTISTAS SEGÚN SEXO

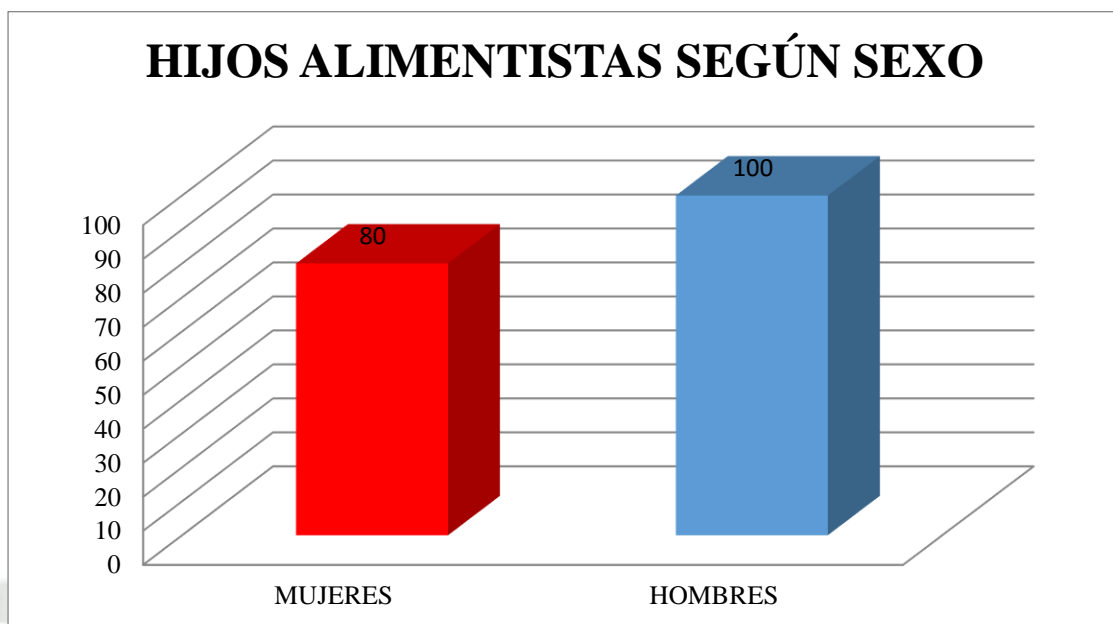
	F	%
MUJERES	80	44%
VARONES	100	56%
TOTAL	180	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006

INTERPRETACIÓN

En los procesos de los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, del total de 180 casos de hijos alimentistas según el sexo; 80 fueron mujeres que equivalen al 44% del total; mientras que, 100 fueron varones que equivalen al 56% del total, dando como sumatoria 180 casos de hijos alimentistas que equivale al 100% del total de la muestra.

GRÁFICO 1



Fuente: El investigador



CUADRO N° 2**EDAD DE LOS HIJOS ALIMENTISTAS**

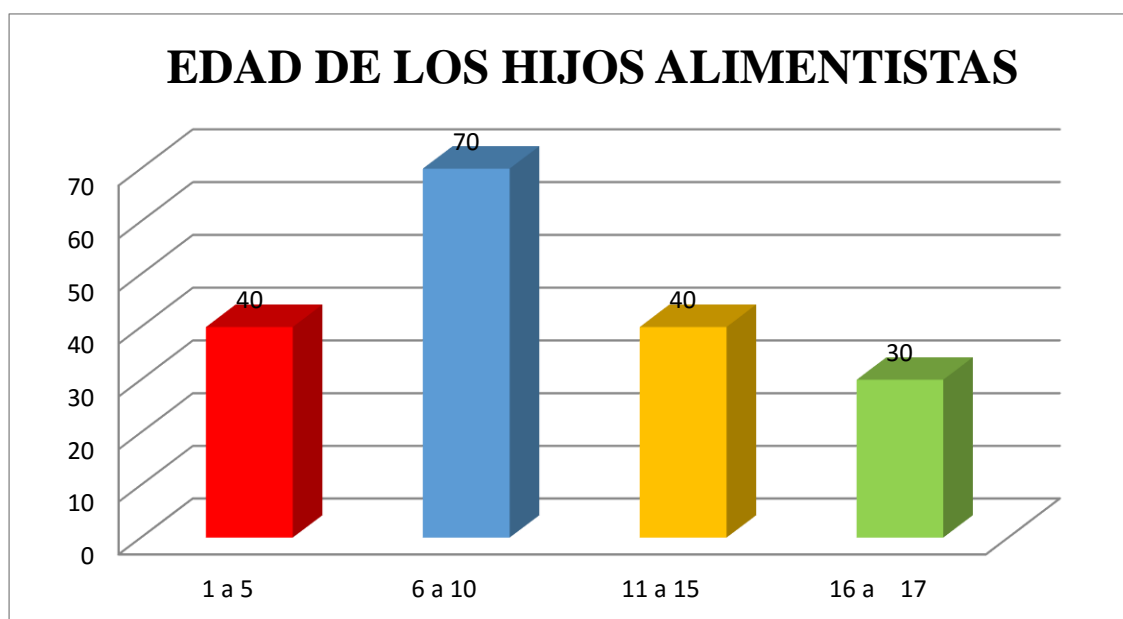
EDADES	F	%
1-5	40	22%
6-10	70	36%
11-15	40	22%
16 A 17	30	17%
TOTAL	180	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006.

INTERPRETACIÓN

En los procesos de los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, del total de 180 casos de edad de los hijos alimentistas; 40 casos fueron de 1 a 5 años que equivalen al 22% del total; 70 casos entre las edades de 6 a 10 años equivalente al 36% del total; 40 casos corresponden a las edades de 11 a 15 años equivalente al 22% del total y 30 casos corresponde a las edades de 16 a más años correspondientes al 17% del total; dando como sumatoria cuantitativa 180 casos que equivalen al 100% del total de la muestra.

GRÁFICO 2



Fuente: El investigador



CUADRO N° 3**EDAD DE LA MADRE DEMANDANTE EN EL
MOMENTO DE LA CONCEPCION**

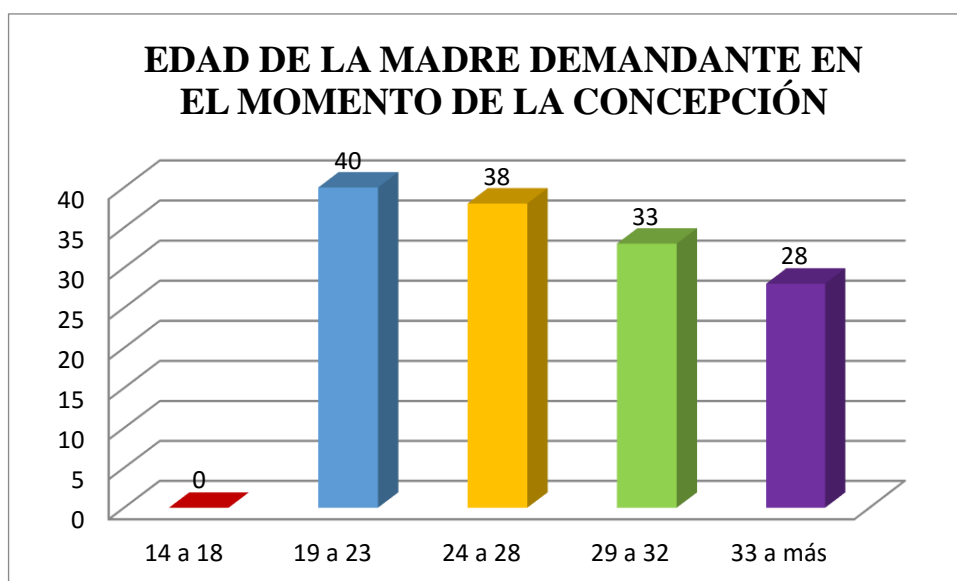
EDAD DE LA MADRE	F	%
14-18	0	0%
19-23	40	29%
24-28	38	27%
29-32	33	24%
33 A MAS	28	20%
TOTAL	139	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006

INTERPRETACIÓN

En los procesos de los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, del total de 139 casos de edad de las madres demandantes en el momento de la concepción; ningún caso fue encontrado dentro de las edades de 14 a 18 años que equivalen al 0% del total; 40 casos entre las edades de 19 a 23 años equivalente al 29% del total; 38 casos corresponden a las edades de 24 a 28 años equivalente al 27% del total; 33 casos corresponden a las edades de 29 a 32 años equivalente al 24% del total y; 28 casos corresponde a las edades de 33 a más años correspondientes al 20% del total; dando como sumatoria cuantitativa 139 casos que equivalen al 100% del total de la muestra.

GRÁFICO 3



Fuente: El investigador



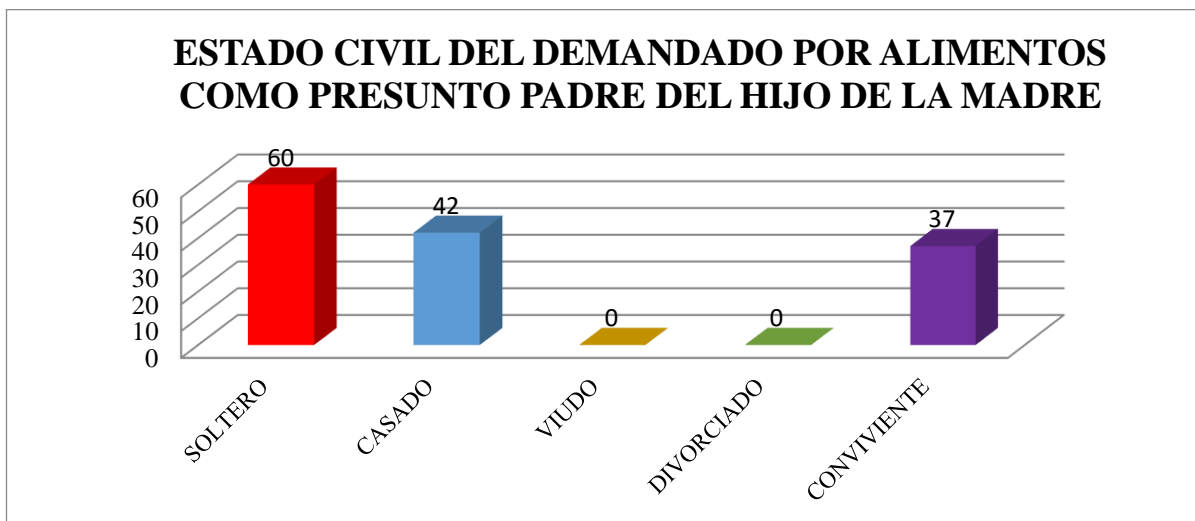
CUADRO N° 4**ESTADO CIVIL DEL DEMANDADO POR
ALIMENTOS COMO PRESUNTO PADRE DEL HIJO
DE LA MADRE**

En los procesos de los juzgados especializados de familia del Poder Judicial de Arequipa en el año 2006, del total de 139 casos de estado civil del demandado por alimentos como presunto padre hijo de la madre; 60 casos fueronde estado civil soltero que equivalen al 43% del total; 42 casos de estado civil casado equivalente al 30% del total; cero casos en estado civil viudo y divorciado que equivale al cero% del total; 37 casos en estado civil conviviente que corresponde al 27% del total; dando como sumatoria cuantitativa 139 casos en total equivalentes al 100% del total de la muestra.

	F	%
SOLTERO	60	43%
CASADO	42	30%
VIUDO	0	0%
DIVORCIADO	0	0%
CONVIVIENTE	37	27%
TOTAL	139	100%

Fuente: registro de procesos de alimentos tramitados en los juzgados especializados de familia del poder judicial de Arequipa en el año 2006

GRÁFICO 4



Fuente: El investigador



CONCLUSIONES

PRIMERA: El número de procesos en el segundo y tercer juzgado especializado de Familia, señala una realidad jurídica social del hijo alimentista diferente con relación a los hijos legalmente reconocidos lo que refleja un interés por las madres estos por obtener una pensión alimenticia a favor de su menos hijo sin considerar su derecho a la identidad, no obstante estar regulado el proceso de filiación extramatrimonial.

SEGUNDA: La situación jurídica del hijo alimentista en la sociedad es desfavorable frente a los hijos legalmente reconocidos pese a tener una sentencia que dispone el derecho a contar con una pensión alimenticia a su favor, porque no tiene derechos sucesorios y esta no permite que el menor cuente con la identidad propia.

TERCERA: En la actualidad el proceso de filiación extrajudicial, es un proceso simple y no complejo como lo era anteriormente y permite que dentro de este se instaure una medida cautelar de asignación provisional de alimentos a favor del menor para quien se pide el reconocimiento por parte del presunto padre y que una vez este sea reconocido judicialmente tendrá una pensión alimenticia fijada.

SUGERENCIAS

PRIMERA: Considerando el interés superior del niño como es el hecho de gozar de alimentos, tener derecho a una identidad, el proceso de alimentos de hijos no reconocidos al amparo del Art. 415 no es la vía judicial respectiva para que se le reconozca los derechos que todo niño y adolescente debe tener por naturaleza y por ley.

SEGUNDA: Se sugiere al colegio de abogados de Arequipa y a los profesionales del derecho asesorar a las madres que tienen hijos no reconocidos a utilizar la vía judicial respectiva como es el proceso de filiación extramatrimonial, con la finalidad de cautelar el interés superior de niño.

TERCERA: Considerando las desventajas en las que se encuentra un menor alimentista no reconocido debería modificarse el art. 415 del Código Civil y en lugar de figurar como hijo alimentista debería denominarse Acreedor Alimentario porque mediante el proceso de alimentos al amparo del art. Antes referido solo se le estaría reconociendo un derecho alimentario hasta los 18 años de edad, perjudicando con ello los derechos que tiene todo menor, por ser este no reconocido.

CUARTA: Se sugiere que la medida cautelar de asignación provisional de alimentos a favor del menor no reconocido, pueda realizarse concluido el proceso ello considerando que no existe vínculo familiar que acredite la obligación alimentaria, hasta que se instaure el proceso de filiación.

QUINTO: Que los procesos de alimentos al amparo del art. 415 del Código Civil, los mismos que se encuentran en ejecución no pueden solicitar apercibimientos de denuncia por omisión a la asistencia familiar por que el obligado a prestarla mediante dicho proceso no es legalmente su padre por lo que se sugiere que dicho pedido no sea aceptado ya que no los une un entroncamiento familiar.



BIBLIOGRAFÍA

Arias Schreiber Pezet, M. (2001). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Del Carpio Rodríguez, C. (2001). *Derecho de los Niños y Adolescentes*. Arequipa: Dongo.

Espin Canovas, D. (1999). *Los Derechos de la Personalidad Familiar*. Buenos Aires: Rubinzal.

Espinoza Espinoza, J. (1998). *Tratamiento de los derechos de la persona en el Código Civil Peruano*. Lima: Huallaga.

Fernández Sessarego, C. (1997). Daño a la Identidad personal. *THEMIS*, 248.

García Toma, V. (2001). *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Lima: Gráfica Horizonte.

Hernández; Fernández; Baptista; “Metodología de la Investigación” Quinta edición Edición Mac Graw Hill.

Landa Arroyo, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *En IUS ET VERITAS N° 21*, 11.

Peralta Andía, J. R. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Idemsa.

Placido V., A. F. (2004). *El derecho a la Integridad Personal en la doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: Colección Biblioteca Jurídica Contemporánea N° 1 San Marcos.

Revoredo de Debakey, D. (1985). *Exposición de Motivos y Comentarios Titulo Preliminar, Derecho de Personal; Acto Jurídico, Derecho de Familia* . Lima.

Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Pontífica Universidad Católica del Perú.

Sabino, Carlos A. *El Proceso de Investigación*. Buenos Aires: Edit. Lumen.1996

Sierra Bravo R. *Técnicas de investigación Social Teoría y ejercicios*, Décima edición, Editorial Paraninfo 1995 Madrid

Varsi, R. E. (2004). *Filiación y Patria Potestad* . Lima: Grijley.

Zannoni, E. (1999). *Adopción Plena y derecho a la identidad personal*. buenos Aires : Rubinzal.

Zavaleta Carruitero, W. (2005). *Código Civil Tomo I*. Lima: Rodhas.

ANEXOS

ANEXO 01

FICHA BIBLIOGRÁFICA

NOMBRE DE AUTOR: Max Arias Schreiber Peset

TÍTULO DE LIBRO: Exégesis Código Civil Tomo VIII. Derecho de Familia

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Gaceta Jurídica S.A., I Edición 2001

NOMBRE DE AUTOR: Columba del Carpio Rodríguez

TÍTULO DE LIBRO: Derecho de los Niños y Adolescentes

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Impresiones Dongo – Arequipa. I Edición

NOMBRE DE AUTOR: Espin Canovas D.

TITULO DE LIBRO: Los Derechos de la Personalidad Familiar

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Buenos Aires Rubinzal Edición 1999

NOMBRE DE AUTOR: Espinoza Espinoza, J .

TITULO DE LIBRO: Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Huallaga Edición 1998

NOMBRE DE AUTOR: Fernández Sessarego, C

TITULO DE LIBRO: Daño a la Identidad Persona

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Themis Edición 1997

NOMBRE DE AUTOR: García Toma, V

TITULO DE LIBRO: Los Derechos Humanos y la
Constitución

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Gráfica
Horizonte Edición 2001

NOMBRE DE AUTOR: Hernández; Fernández; Baptista

TITULO DE LIBRO: “Metodología de la Investigación”

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Quinta edición Mac
Graw Hill.

NOMBRE DE AUTOR: Landa Arroyo, C

TITULO DE LIBRO: Dignidad a las personas
humanas

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial IUS ET
VERITATIS Edición 2000

NOMBRE DE AUTOR: Peralta Andía, J. R.

TÍTULO DE LIBRO: Derecho de Familia en el Código Civil

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Idemsa
Edición 2002

NOMBRE DE AUTOR: Plácido V. A. F.

TÍTULO DE LIBRO: El Derecho a la Integridad Personal en la Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Biblioteca Jurídica Contemporánea Edición 2004

NOMBRE DE AUTOR: Revoredo de Debakey, D.

TÍTULO DE LIBRO: Exposición de Motivos y Comentarios Título Preliminar, Derecho de Persona; Acto Jurídico. Derecho de Familia

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Edición 1985

NOMBRE DE AUTOR: Rubio Correa Marcial

TÍTULO DE LIBRO: Estudio de la Constitución
Política de 1993

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Pontífica
Universidad Católica del Perú Edición 1999

NOMBRE DE AUTOR: Sabino, Carlos A

TÍTULO DE LIBRO: El Proceso de Investigación.
Buenos Aires

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Lumen.1996

NOMBRE DE AUTOR: Sierra Bravo R.

TÍTULO DE LIBRO: Tecnicas de investigación Social
Teoría y ejercicios

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Décima edición,
Editorial Paraninfo 1995 Madrid

NOMBRE DE AUTOR: Varsi Rospigliosi, Enrique

TITULO DE LIBRO: Derecho de Familia Filiación y
Patria potestad

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Grijley
Edición 2004

NOMBRE DE AUTOR: Zanoni, E.

TITULO DE LIBRO: Adopción Plena y derecho a la
Identidad Personal

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Rubinzal
Edición 1999

NOMBRE DE AUTOR: Benjamín Aguilar Llanos

TITULO DE LIBRO: Derecho de Familia

NOMBRE DE AUTOR: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

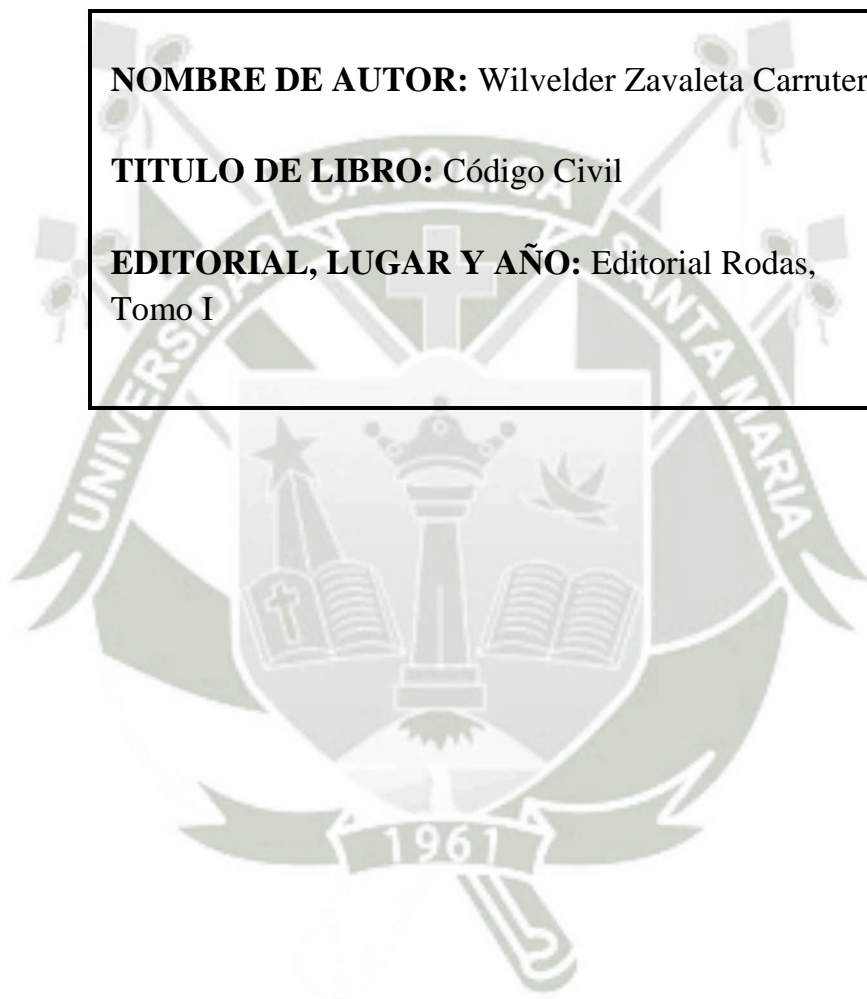
TITULO DE LIBRO: Manual de Códigos

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. , I Edición 2003

NOMBRE DE AUTOR: Wilvelder Zavaleta Carrutero.

TITULO DE LIBRO: Código Civil

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO: Editorial Rodas,
Tomo I



ANEXO 02
PROYECTO DE TESIS
EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

2. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Realidad jurídica y social de los hijos alimentistas considerados en el Artículo 415 del Código Civil y que de acuerdo al derecho pueden percibir una pensión alimenticia sin que se haya determinado judicialmente su paternidad en Arequipa 2006.

2.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

ÁREA DEL CONOCIMIENTO

El problema a investigarse se encuentra ubicado en:

CAMPO : Ciencias Jurídicas
AREA : Derecho Civil, Familia
LINEA : Los Hijos Alimentistas

2.3. OBJETIVOS

¿Conocer cuál es la incidencia de los hijos alimentistas considerados en el artículo 415 del Código Civil en el Segundo y Tercer Juzgado Especializado de Familia de la ciudad de Arequipa?

¿Determinar qué porcentaje de hijos alimentistas considerados en el Art. 415 del Código Civil han merecido sentencia favorable y desfavorable en el Segundo y Tercer Juzgado Especializado de Familia de la ciudad de Arequipa?

¿Determinar qué porcentaje de hijos alimentistas considerados en el Art. 415 del código Civil percibe pensión alimenticia efectiva en el Segundo y Tercer Juzgado Especializado de Familia de la ciudad de Arequipa?

2.4. HIPÓTESIS

Dado que el Código Civil en el Art. 415 considera como hijos alimentistas a los hijos que aún no han sido reconocidos por su progenitor y que en la realidad social existe una alta incidencia de ésta casuística; es probable que los hijos alimentistas a que se refiere el referido Código Civil confronten una situación jurídica que no coincida con la realidad social en que debió fundarse el legislador cuando estatuyo dicha norma en el Segundo y Tercer Juzgado Especializado de Familia de la ciudad de Arequipa 2006.

2.5. INTERROGANTES BÁSICAS

- ¿Cuál es la situación existencial de los hijos alimentistas cuya paternidad no ha sido determinada judicialmente en Arequipa en el 2006?
- ¿Quiénes tiene derecho a una pensión alimenticia en el Código Civil?

2.6. TIPO DE NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La investigación será:

- Por su finalidad : Teórica o pura
- Por el tiempo : Longitudinal.
- Por el nivel de profundización : Descriptiva
- Por el ámbito : Documental y de Campo.

2.7. JUSTIFICACIÓN

En el capítulo tercero del Título II sobre Filiación Matrimonial el Código Civil vigente, se ocupa de los llamados “hijos alimentistas”. Sus normas se inspiran en los artículos 367, 381, 382, 383 el Código Civil de 1936, y han sido recientemente modificadas por la Ley N° 27048. En la legislación comparada sólo hemos encontrado como figura similar a la nominada actino a fins de subsides, instituida en los artículos 342 y siguientes el Código Civil chileno, que los denomina “hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente”.

La denominación de “hijos alimentistas” es, a mi modo de ver, poco acertada. Se trata de un término equívoco ya que parte del error de denominar “hijos” a quienes en realidad no lo son. Como señala Varsi, “el aquí mal denominado hijo no es otra cosa que un acreedor alimentario”. Naturalmente, no niego la conveniencia de legislar a favor de los más desprotegidos, en este caso aquel que no cuentan con un padre conocido, y estamos de acuerdo en que alguien debe proveer a su sustento, más aún si con razonable posibilidad puede reputarse como el progenitor. Lo discutible es, pues, a mi juicio, el contenido del artículo 415 del Código Civil, sino la denominación dada a la figura.

Al respecto los alcances de la obligación impuesta al alimentista se limita al pago de una pensión hasta la mayoría de edad del hijo, la misma que continúa vigente si éste, llegado a la mayoría, no pudiese proveer su subsistencia por incapacidad, sin que se haya acreditado la paternidad ni exista vínculo de parentesco, porque existen madres que hacen abuso de dicho artículo para indebidamente reclamar el monto a un presunto padre sin que éste tenga la calidad de padre, llegando al extremo de que sea sujeto de embargo y se descuenta mediante planilla la pensión alimentaria dispuesta por el Juzgado, o que se embarguen

sus bienes si no cumple con la sentencia dispuesta por el juez o que sea denunciado penalmente por la omisión a la asistencia familiar; habiéndose dado casos en que finalmente se ha demostrado que el presunto padre alimentista no era tal, pero el daño moral y económico era irreversible.

Con la dación de la ley 27048 que modifica el artículo 415 del Código Civil, que dispone que en los procesos de filiación extramatrimonial se ofrecen las pruebas de ADN y otras pruebas genéticas, entonces la madre puede hacer ejercicio de su derecho y judicialmente solicitar el reconocimiento de su hijo para así posteriormente demandar alimentos.

El artículo 415 del Código Civil tenía su razón de ser, hasta antes de la promulgación de la Ley 27048 de fecha 6 de enero de 1999 porque en ese entonces seguían vigentes los artículos 403 y 416 del Código Civil, referido a la oposición de la declaración judicial de filiación extramatrimonial a raíz de la conducta deshonrosa de la madre y habiéndose derogado dichos artículos no se justifica que siga vigente el artículo 415 del Código Civil.

Se trata de una acción (proceso) que corresponde sólo al supuesto hijo, y se ejercita contra el presunto padre o sus herederos. En todo caso, la obligación de éstos se extiende sólo a lo que hubiera recibido el alimentista como heredero si hubiese sido reconocido o declarado como hijo.

Según se ha dicho, al no tratarse propiamente de “hijos”, los alimentistas no tendrían derecho a llevar el apellido del que presta los alimentos como tampoco sucederlos. No habrá consecuencias de tipo sucesorio ni se crearán vínculos de parentesco entre alimentante y

alimentista, y sus respectivas familias. La única excepción es la establecida por el inciso 1 del artículo 242, que prohíbe el matrimonio entre alimentante y alimentista, tal como si se tratase de consanguíneos en línea recta. La razón de ser del precepto radica en impedir la posibilidad de matrimonios incestuosos dado que, aun cuando el alimentista no es propiamente “hijo” del alimentante, existe cierta probabilidad de que lo sea.

La dación de la Ley N° 27048, introdujo modificaciones en esta figura, al permitir la aplicación de pruebas genéticas para descartar la paternidad en el caso de los hijos alimentistas. Se trata de una novedad que resulta de la introducción de las pruebas genéticas en nuestro ordenamiento civil, que de ese modo incorpora los avances científicos a sus preceptos.

Se sabe que la Subcomisión del Congreso, ha propuesto derogar todo el capítulo relativo a los hijos alimentistas, por considerarlo obsoleto, de lo que estoy de acuerdo y antes del presente proyecto de investigación de tesis comparte esa opinión

3. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

3.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

a) Para la variable independiente:

3.2. TECNICAS

Revisión documental de libros
Normas Legales (Códigos)

INSTRUMENTOS

Ficha Documental
Ficha Bibliográfica

a) Para la variable Dependiente:

3.3. TECNICAS

Revisión de Expedientes

INSTRUMENTOS

Fichas de observación

Matriz de Registro

3.4. VARIABLES

VARIABLES INTERVINIENTES

Realidad Jurídica

Realidad Social

INDICADORES Y SUBINDICADORES

- ¿Qué establece el Código Civil?
 - ¿Qué establece la Doctrina?
 - Código Civil, artículos: 402, 415, 417, 423, 472, 474, 475.
 - Código de los Niños y Adolescentes, artículos: 74, 75, 92, 93, 94
 - Realidad social
- Situación existencial de los hijos alimentistas en el Primer y Segundo Juzgado Especializado de Familia en el año 2006.

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES
VARIABLES INTERVI- NIENTES	Realidad Jurídica.	Código Civil, Art. 415	Alimentos a favor del hijo no reconocido.
		Constitución Política del Perú, Art. 6 Código Civil, Art. 361, 362, 367, 386, 387, 388, 389, 390, 402.	Deber de los padres de alimentar a sus hijos Hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos e igualdad de derechos de los hijos.
		Código Civil, Art. 472 Código del Niño y del Adolescente, Art. 92	Definición de alimentos.
		Código del Niño y del Adolescente, Art. 93	Obligación de los padres a prestar alimentos a sus hijos.
	Realidad Social	Situación existencial de los hijos alimentistas en la ciudad de Arequipa.	Juzgados de especializados de Familia. Procesos en trámite. Procesos sentenciados Procesos en ejecución Procesos con medidas cautelares. Procesos con apercibimiento Procesos rechazados

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
VARIABLE INTERVINIENTES	Realidad Jurídica	Que establece la Ley, que establece la Doctrina Código Civil, Art. 415	Alimentos a favor del hijo no reconocido.	Revisión documental, libros, normas legales (códigos)	Fichas bibliográficas Fichas documentales.
		Constitución Política del Perú, Art. 6 Código Civil, Art. 361, 362, 367, 386, 387, 388, 389, 390, 402.	Hijos matrimoniales, extra-matrimoniales, adoptivos e igualdad de derechos de los hijos.	Revisión documental, libros, normas legales (códigos)	Fichas bibliográficas Fichas documentales.
		Código Civil, Art. 472 Código del Niño y del Adolescente, Art. 92	Definición de alimentos.	Revisión documental, libros, normas legales (códigos)	Fichas bibliográficas Fichas documentales.
		Código del Niño y del Adolescente, Art. 93	Obligación de los padres a prestar alimentos a sus hijos.	Revisión documental, libros, normas legales (códigos)	Fichas bibliográficas Fichas documentales.

Realidad Social	Situación existencial de los hijos alimentistas en segundo y tercer juzgado de familia en el año 2006	Hijos matrimoniales, extra-matrimoniales, adoptivos.	Revisión de expedientes	Ficha de observación Matriz de Registro
		Definición de Alimentos.	Revisión de expedientes	Ficha de observación Matriz de Registro
		Proceso de alimentos.	Revisión de expedientes	Ficha de observación Matriz de Registro
		Medidas cautelares de embargo.	Revisión de expedientes	Ficha de observación Matriz de Registro
		Omisión a la asistencia familiar.	Revisión de expedientes	Ficha de observación Matriz de Registro

3.5. CAMPO DE VERIFICACIÓN

UBICACIÓN ESPACIAL

Segundo y Tercer Juzgados Especializados de Familia de la Provincia de Arequipa.

UBICACION TEMPORAL

La presente investigación abarca desde el mes de Enero a Diciembre del 2006.

UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA

Para la investigación documental, las unidades de estudio se encuentran constituidas por los expedientes judiciales del Segundo y Tercer Juzgado Especializado de Familia en la ciudad de Arequipa.

Para la investigación de campo, consideremos como unidades de estudio a los 4 Juzgados de Familia que constituyen el universo. Y como muestra se tomará a 2 Juzgados de Familia.

3.6. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La información de campo en las Secretarías del Segundo y Tercer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Arequipa, empleándose para tal efecto fichas bibliográficas y documentales donde se consideran los datos.

3.7. MODO

- Se realizará por el propio investigador, la búsqueda de bibliografía jurídica pertinente en las bibliotecas especializadas de la ciudad antes indicadas, a efecto de conseguir información legislativa y teórica, que será consignada en fichas bibliográficas y documentales.
- Se recogerá con el apoyo de un colaborador por cada secretaría de juzgado y bajo la dirección del investigador, los datos necesarios que serán consignados en las fichas documentales, para posteriormente trasladar los datos a la matriz del registro correspondiente.
- Se revisará por parte del investigador, las fichas bibliográficas y documentales, elaboradas en la recolección de la información.

3.8. MEDIOS

A. Recursos Humanos

<i>DENOMINACIÓN</i>	1	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
Dirección de proyecto y ejecución	1	15.00	150	2,250.00
Colaboradores	4	40.00	80	3,200.00
Digitador/diagramado r de gráficos	1	10.00	10	100.00
TOTALES	6	65.00	240	5,550.00

B. Recursos Materiales y Bienes y Servicios

<i>DENOMINACIÓN</i>	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel bond	2000	35.00
Papel periódico	1000	15.00
Papel carbón	100	20.00
Fichas bibliográficas y documentos	1200	120.00
Cartucho tinta de impresora	02	200.00
Copias fotostáticas	300	30.00
Anillado	05	25.00
Uso de computadora	01	100.00
Movilidad	--	200.00
TOTAL		845.00

C. Costo Total de Proyecto y Ejecución de Investigación

<i>DENOMINACIÓN</i>	COSTO TOTAL
Recursos humanos	7,450.00
Recursos materiales y bienes y servicios	845.00
<i>COSTO TOTAL GENERAL</i>	8,295.00



ANEXO 03

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ARTICULO N°415 DEL CODIGO CIVIL

FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ARTICULO 415 DEL CODIGO CIVIL

La denominación de “hijos alimentistas” es un término equívoco ya que parte del error de denominar “hijos” a quienes en realidad no lo son. Lo discutible es, pues, a mi juicio, el contenido y denominación del artículo 415 del Código Civil.

Al respecto los alcances de la obligación impuesta al alimentista se limita al pago de una pensión hasta la mayoría de edad del hijo, la misma que continúa vigente si éste, llegado a la mayoría, no pudiese proveer su subsistencia por incapacidad, sin que se haya acreditado la paternidad ni exista vínculo de parentesco, porque existen madres que hacen abuso de dicho artículo para indebidamente reclamar el monto a un presunto padre sin que éste tenga la calidad de padre, llegando al extremo de que sea sujeto de embargo y se descuenta mediante planilla la pensión alimentaria dispuesta por el Juzgado, o que se embarguen sus bienes si no cumple con la sentencia dispuesta por el juez o que sea denunciado penalmente por la omisión a la asistencia familiar; habiéndose dado casos en que finalmente se ha demostrado que el presunto padre alimentista no era tal, pero el daño moral y económico era irreversible.

Con la dación de la ley 27048 que indebidamente modifica el artículo 415 del Código Civil, dispone que en los procesos de filiación extramatrimonial se ofrecen las pruebas de ADN y otras pruebas genéticas, entonces la madre puede hacer ejercicio de su derecho y judicialmente solicitar el reconocimiento de su hijo para así posteriormente demandar alimentos.

El artículo 415 del Código Civil tenía su razón de ser, hasta antes de la promulgación de la Ley 27048 de fecha 6 de enero de 1999 porque en ese entonces seguían vigentes los artículos 403 y 416 del Código Civil, referido a la oposición de la declaración judicial de filiación extramatrimonial a raíz de la conducta deshonrosa de la madre y habiéndose derogado dichos artículos no se justifica que siga vigente el artículo 415 del Código Civil.

Según se ha dicho, al no tratarse propiamente de “hijos”, los alimentistas no tendrían derecho a llevar el apellido del que presta los alimentos como tampoco sucederlos. No habrá consecuencias de tipo sucesorio ni se crearán vínculos de parentesco entre alimentante y alimentista, y sus respectivas familias.

La dación de la Ley N° 27048, introdujo modificaciones en esta figura, al permitir la aplicación de pruebas genéticas para determinare descartar la paternidad de los hijos no reconocidos. Se trata de una novedad que resulta de la introducción de las pruebas genéticas en nuestro ordenamiento civil, que de ese modo incorpora los avances científicos a sus preceptos.

En este sentido es que la legislación civil peruana y mundial ha aceptado esta prueba como una de las más acertadas en lo que se refiere al reconocimiento de la filiación; sin embargo la ley que introdujo esta prueba al proceso civil peruano debe ser modificada a fin de amparar de mejor manera el interés superior del niño y los derechos de igualdad del hombre y la mujer.

En efecto al amparo de la Ley 27048, cuando una persona solicita se realice las prueba de ADN, el demandado muchas veces se niega a someterse a la prueba mediante diversos medios impugnatorios e inclusive mediante la utilización de medios de poder, lo que significa alargar innecesariamente el proceso en único agravio y perjuicio del menor, respecto de quien se solicita su filiación y en suma el reconocimiento de su identidad, que es un derecho constitucional de primer orden. Respecto de este punto, debería tenerse en cuenta que en la legislación comparada, cuando el demandado se niega a realizarse la prueba del ADN, se declara la filiación demandada (Argentina, España, Italia, Venezuela).

Señala el profesor RUBIO CORREA que el principio del interés superior del niño implica el respeto a sus derechos como primera prioridad, cuando sus, intereses colisionen o se encuentren con los de otras personas, incluso sus padres.

Hoy se puede afirmar que el proceso de socialización del niño en el seno de una familia tiene otros componentes que pertenecen al campo de los valores y la cultura, que se aprenden y fijan en el menor a partir de la conducta de sus padres; en un estudio sobre violencia estructural se llegó a la conclusión que: a) la ilegitimidad paterno filial genera problemas graves de individualidad y, b) en el proceso de socialización del niño no sólo contribuye la educación sino que se necesita incentivar capacidades creativa y afectivas en el seno familiar.

Si bien la propia esencia de los derechos de la personalidad gira en torno a cada individuo, por lo que nacen y mueren con ellos, la técnica del jurista debe favorecer el beneficioso influjo que la familia puede aportar en los límites de la vida del ser humano.

Señala FERNÁNDEZ SESSAREGO citado por ZANNONI que toda persona tiene el derecho a preservar para si su identidad filiatoria. La identidad filiatoria tiene dos componentes:

a) Componente estático: la identidad filiatoria está constituido por el dato biológico.

b) Componente dinámico: la identidad filiatoria, presupone el arraigo de vínculos paterno – filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (paterno -filiales).

El derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, tiene sus propios matices. En el marco legal, le otorga una protección especialísima a través del principio del interés superior del niño como norma de apoyo al derecho fundamental a la identidad personal, sin embargo, este no es el único fundamento jurídico para reafirmar la supremacía del derecho a la identidad personal sobre el derecho por ejemplo del presunto padre a no negarse a la investigación de paternidad alegando intimidad o integridad personal. La dignidad humana es el eje central que determina la primacía de uno u otro derecho fundamental en cada caso particular, en el citado, qué duda cabe que conocer la verdadera identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado dignifica a la persona, restablece su libertad, frente al derecho a la integridad o intimidad del presunto padre qué duda cabe que ésta circunstancia es inferior, porque no es menos digno ni menos libre quien es conminado a colaborar con la investigación de la identidad personal de otra persona, cualquier lesión a su esfera siempre será inferior a la lesión que sufre la persona cuya identidad no ha sido definida, la diferencia está en el grado de intensidad de la lesión y del alcance de un estándar de dignidad adecuado.

En cuanto al contenido del derecho a la identidad personal, podemos resumirlo en sus dos componentes, la verdad biológica y la verdad histórica, el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado tiene derecho a: a) conocer su filiación paterno filial — dimensión estática (datos biológicos) y, b) que no se altere su verdad histórica, a través de la falta de emplazamiento oportuno de la filiación paterno filial y el mantenimiento injustificado de su situación en el status 'de hijo no reconocido. Tanto el progenitor, la madre ó quien ejerce la tenencia del menor son responsables de los daños que se ocasionen a su identidad personal como consecuencia de la inobservancia del alcance que el derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial tiene, ya que estos están en mejor posición de tomar precauciones — solicitar la filiación por paternidad extramatrimonial — para eliminar el status de hijo no reconocido ni declarado. El Estado por su parte tiene la obligación legal de eliminar la distorsión anotada en el sistema de tutela del derecho a la identidad personal de hijos extramatrimonial no reconocido ni declarado.

TEXTO DEL PROYECTO**PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 415 DEL CODIGO CIVIL**

El Abogado WILVER ERNESTO TALAVERA QUIROZ, con registro Nro. 1847 del Colegio de Abogados de Arequipa, con las facultades conferidas en el Art. 107º de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

CONSIDERANDO.

Que, la Constitución Política del Perú reconoce como derecho fundamental a la identidad y a la igualdad ante la ley, protege y reconoce a la familia y el deber y derecho de los padres educar y alimentar a sus hijos así como que todos los hijos tienen iguales deberes y derechos por lo que mediante las leyes se debe procurar la forma más adecuada para hacer efectivo estos derechos.

Que, el interés superior del niño se encuentra reconocido por el artículo 3 de la Convención sobre derechos del Niño, el mismo que se encuentra como parte de la Legislación Nacional, como lo establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente.

Que, de la misma forma la Constitución establece que no se puede hacer discriminación por razones de sexo, así como que está prohibida toda mención sobre la naturaleza de filiación por lo tanto hombres y mujeres tenemos los mismos derechos y obligaciones.

Por lo expuesto.

El Congreso de la República ha dado la siguiente:

LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 415 DEL CÓDIGO CIVIL

ARTICULO PRIMERO.- DEROGESE el artículo 415 del Código Civil por el siguiente texto:

ARTICULO SEGUNDO.- Que debe aplicarse la prueba del ADN para el proceso de Filiación Judicial Extramatrimonial de conformidad con la Ley N° 27408, en los casos de los hijos no reconocidos, conforme con la Ley N° 28457 y sus modificatorias por convenir al interés superior del menor.

Lima, 05 de diciembre de 2015