

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA DE DERECHO



Hijos alimentistas y patria potestad

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el título profesional de
Abogado

AUTOR:

Córdova Paredes, Estefany Deisy

ASESOR:

Diaz Ambrosio, Silverio

Huaraz-Perú 2018

DEDICATORIA

El presente trabajo se lo dedicamos a Dios por darnos la vida y a nuestras familias por su apoyo incondicional y permitirnos con esfuerzo que estudiemos la carrera de derecho; también se lo dedicamos a todos nuestros compañeros de clase que hemos venido compartiendo experiencias.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

De mi consideración:

Quien suscribe, Estefany Deisy Córdova Paredes, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad, cumpliendo con los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación del Trabajo Monográfico de la Facultad de Derecho, tengo el honor de presentar a ustedes el siguiente trabajo titulado: “Hijos Alimentistas y Patria Potestad”. Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación. Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresarles las muestras de mi especial consideración y estima.

Atentamente,

Bach. Estefany Deisy Córdova Paredes

PALABRAS CLAVES:

| | |
|---------------------|--------------------|
| TEMA | Hijos Alimentistas |
| ESPECIALIDAD | Derecho de Familia |

KEYWORDS:

| | |
|------------------|---------------|
| TEXT | Food Children |
| SPECIALTY | Family right |

LINEA DE INVESTIGACION: Derecho

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|-----|
| Dedicatoria..... | i |
| Presentación..... | ii |
| Palabras claves..... | iii |
| Índice General..... | iv |
| I.- Introducción..... | 01 |
| II.- Antecedentes..... | 03 |
| III.- Marco Teórico..... | 07 |
| IV.- Legislación Nacional..... | 22 |
| V.- Jurisprudencia o precedentes vinculantes o plenos jurisdiccionales..... | 31 |
| VI.- Derecho Comparado..... | 37 |
| VII.- Conclusiones..... | 50 |
| VIII.- Recomendaciones..... | 52 |
| IX.- Resumen..... | 54 |
| X.- Bibliografía..... | 55 |
| XI.- Anexos (proyecto de Sentencia)..... | 57 |

I INTRODUCCION

Universalmente se ha caracterizado a la Patria Potestad como el conjunto de deberes y derechos adjudicado a los padres respecto de la persona y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados. Está noción que proviene del Derecho Romano, ha subsistido hasta nuestros días sin demasiadas modificaciones, y así ha recibido consagración legislativa. Sin embargo sus notas definitorias no perfilan estrictamente el polimorfismo de la tarea paterna, y si bien ese conjunto caracteriza a la Institución misma no agota el cúmulo de funciones que, actualmente, la madre y el padre deben satisfacer.- Esta responsabilidad ha perdido sus notas tradicionales para evolucionar hacia un concepto más complejo, en el cual la misión de los padres va adquiriendo progresivamente una dimensión social, alejándose en consecuencia del modelo histórico que situaba a la patria potestad dentro de la esfera íntima de la familia.- La familia está más observada. Puede afirmarse, entonces, que los padres tienen ante sí, ante los hijos, y ante la sociedad, una tarea de profunda gestión consistente en la crianza y desarrollo integrales de los hijos, con miras a desempeñarse en el medio social como adultos responsables. Esta característica se advierte en varias legislaciones modernas, en particular en los Códigos de Familia latinoamericanos, pues aun conservando la tradicional denominación, el contenido y objetivos de la Patria Potestad han sido enriquecidos en función de las necesidades y desafíos sociales impuestos por el fenómeno global que se ha dado en llamar la “postmodernidad “. La circunstancia de haber alcanzado un contenido de netos perfiles sociales, constituye el punto más alto en la evolución de este Instituto.

El objetivo de la presente investigación es conocer los factores de desconocimiento de los derechos del hijo alimentista y los requisitos para obtener la Patria Potestad en el Perú según el código Civil vigente. La metodología utilizada es la que se usa en investigaciones bibliográficas, es decir, se ha utilizado la técnica del subrayado y el fichaje, así como también la síntesis. Las variables abordadas se vinculan con el derecho de familia, así tenemos: hijos alimentistas y patria potestad.

Los resultados se presentan en los capítulos que nos permiten tener una visión clara sobre la evolución y comprender los conceptos del tema mencionado. Un primer capítulo nos habla acerca de los antecedentes y el origen histórico; un segundo capítulo nos habla acerca del marco teórico y la legislación nacional de algunos doctrinarios vinculados con el tema, los puntos concordantes así como aquellos que generan discrepancia. Citando los artículos del Código Civil que refieren al tema; el tercer capítulo trata sobre la jurisprudencia, precedentes vinculantes o plenos jurisdiccionales y el Derecho Comparado que nos ayuda a analizar y a comprender las diferentes diferencias y similitudes de los distintos países con respecto al tema, incluso la jurisprudencia más relevante cuando existen vacíos en la norma.

II ANTECEDENTES

2.1. ANTECEDENTES INTERNACIONALES:

- **Belluscio (2007)**, ha sostenido que la definición de “alimentos” está ligada a su extensión y, como ella ha variado a través de la historia, también se ha modificado el concepto de los alimentos. Pues si se parte de lo que regulaban las leyes en la antigua Roma, puede observarse que sólo cubrían la mera subsistencia. Según afirma el autor, en cuanto a su finalidad, los alimentos deben cubrir necesidades actuales, impostergables y urgentes. Asimismo establece que además de la alimentación, habitación, vestimenta, atención de la salud y educación, se contemplan los gastos que demanda el parto y embarazo (y también el posparto), los gastos funerarios, los necesarios para la capacitación para el trabajo o para proporcionar un arte u oficio, para la diversión y el transporte e, inclusive, para la continuidad de la formación aún alcanzada la mayoría de edad.

- Algún sector de la doctrina, seguida por **Bossert (2004)**, ha entendido que la cuota alimentaria no debe constreñirse a las necesidades elementales de índole material, sino que debe alcanzar también las necesidades imprescindibles, de orden moral y cultural, de acuerdo con la posición económica y cultural del alimentado. Es decir, incluyéndose aquello que resulta indispensable para una vida de relación razonable y excluyéndose los

gastos superfluos. Derecho y Ciencias Sociales, Abril 2009, N° 1, Pgs. 116-127. ISSN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS, UNLP 118 Según el doctor **Zannoni (2006)** la prestación alimentaria tiene entidad económica, el derecho y la obligación alimentaria correlativas no tienen un objeto o finalidad de esa índole; es decir, no se pretende la satisfacción de un interés de naturaleza patrimonial, sino que, fundado el vínculo obligacional alimentario en la relación de familia (art. 499 del Cód. Civil), su finalidad es permitir al alimentado, cónyuge o pariente, satisfacer sus necesidades materiales y espirituales, con la extensión que corresponda según el supuesto. Es por ello que, concretamente, en estos casos cabe afirmar que la obligación alimentaria tiene carácter asistencial.

- **La Declaración Universal de los Derechos Humanos**, aprobada internamente el 15 de diciembre de 1959, mediante resolución legislativa N° 13282, establece en su artículo 25 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Asimismo, la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

- Así también **la Convención Americana sobre los Derechos Humanos**, que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978, establece en el artículo 17 Inc. 4, que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el estado peruano tienen una importancia capital para el estudio del derecho familiar. Así la Constitución de 1993, en su artículo 55 dispone que, «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Además, la Constitución en su cuarta Disposición Final y Transitoria establece que «las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y con los traslados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Es así que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 30 establece: «Nada en el presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.»

De esta manera como afirma Fernández (1990) la Constitución como los instrumentos internacionales en materia de Derecho Humanos, enuncian un conjunto de derechos y principios que constituyen un mandato a los poderes públicos y a los particulares, quienes deben garantizar y respetarlos. Consecuentemente, el desarrollo legislativo de las diferentes instituciones familiares, las decisiones judiciales que involucran a las familias y las políticas destinadas a estas, deben fundarse en tales mandatos.

2.2 ANTECEDENTES NACIONALES

- **Yabar (2010). En la investigación titulada: Alimentos del hijo mayor de 18 años. Artículo Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima – Perú.** Determina que: Aparte de ser un derecho los alimentos para el hijo alimentista, los progenitores tienen un deber moral de apoyar a la formación y al plan de vida de sus hijos, para que el hijo en esta situación pueda

desenvolverse con autonomía más adelante promoviendo así su integración a una sociedad cada vez más competitiva, puesto que aquel que no esté preparado para los distintos cambios que se están dando gracias al avance de la tecnología serán desplazados por aquellos que si se prepararon.

- **Cornejo (1999)** habla de que es un derecho personalísimo, que está referido a garantizar la subsistencia del menor en cuanto este se encuentre en estado de necesidad, este derecho no puede transferirse de persona a persona ni tampoco cuando el alimentista haya fallecido y se pueda dar a otro cuando este necesite.

2.3 ANTECEDENTES LOCALES

Que, de la revisión de la relación de tesis de las universidades de esta localidad no se puede localizar diversos antecedentes sobre el tema tratado.

III MARCO TEORICO

3.1.- HIJOS ALIMENTISTAS:

3.1.1. DEFINICION:

Expresa que es el hijo matrimonial no reconocido ni declarado por su padre, a quién se debe pasar una pensión alimenticia hasta cierta edad. Añade además que para el caso del hijo alimentista podríamos hablar que existe una presunción de paternidad pero solo para efectos alimentarios, presunción que solo exigirá como prueba las relaciones sexuales con la madre de la menor durante los 121 primeros días de los 300 anteriores al nacimiento. En conclusión ante los supuestos establecidos consideramos que el supuesto “hijo” podrá demandar alimentos a su supuesto padre, aun cuando no haya podido probar en el juicio de filiación su status de hijo, mientras pruebe en el juicio de alimentos que su padre tuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción, y contra la cual el demandado solo podrá oponer la excepción indicada en el artículo 416 del C.C

Son hijos alimentistas los hijos extramatrimoniales no reconocidos ni declarados judicialmente como hijo de un determinado padre o madre, por ende no llevan sus apellidos, no tienen derechos sucesorios, así como tampoco al amparo de la patria potestad, pero la ley si les

reconoce un derecho alimentario que se funda en el derecho a subsistir por encontrarse el hijo en estado de necesidad, por esta razón es que algunos tratadistas prefieren denominar a esta institución como hijos puramente alimentistas.

Sin embargo esto no significa que todo hijo tiene derecho a los alimentos a pesar de que se encuentre en estado de necesidad, pues como señala el maestro Cornejo Chávez “el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado por su padre, pero a quien debe pasar una pensión alimenticia hasta cierta edad el varón que hubiera mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción”. **(Cornejo, 1999)**

“El menor que no ha sido reconocido y de quién no se ha acreditado su filiación por vía judicial; tiene la calidad de tal respecto a quién tuvo relaciones sexuales con la madre en el período de su concepción, siendo favorecido con una pensión”¹ En otras palabras el Hijo alimentista es quien puede reclamar alimentos de aquella persona de la cual existan indicios que haya tenido tratos sexuales con su madre durante el periodo de la concepción. Lo principal en estos casos es favorecer al menor, se dice que la duda favorece al menor, porque si no, se pone en juego un derecho inherente el cual es el derecho a los alimentos. **(Peñaranda, 2017)**

Para **(Arias, 2002)**, la obligación de los padres de proveer a la manutención y educación de sus hijos en un principio de derecho natural. Proviene del derecho a la vida de los hijos y a la formación de su aptitud para conducirse en ella conforme a su destino. Para este autor, esta obligación comienza con la concepción, continua durante el período de la adolescencia y termina con la mayoría que la ley fija para que se extinga, en virtud de la presunción de haber alcanzado

entonces los hijos el completo desarrollo de su personalidad, que los hace capaces para el ejercicio indispensable de todas las actividades. No obstante, subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios conducentes a una profesión u oficio

3.1.2. DE LA ACCION ALIMENTARIA:

La acción alimentaria del hijo no reconocido ni declarado judicialmente se basa en el derecho a la vida que tiene toda persona. Por esta razón es que fuera de los casos del art.402° del Código Civil en que procede la declaración de paternidad extramatrimonial, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del presunto progenitor que ha tenido relaciones coitales con su madre en la época de la concepción una pensión alimenticia hasta que cumpla la mayoría de edad de dieciocho años salvo que el hijo habiendo alcanzado la mayoría de edad, no pueda proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.

3.1.3. CARACTERISTICAS DE LA ACCION ALIMENTARIA:

Según el art. 415° del Código Civil se deduce las siguientes características:

- a. Existe una presunción de paternidad.
- b. Se debe acreditar que la relación coital entre el presunto padre (demandado) y la madre se dio en la época de la concepción.
- c. No es considerada como prueba la paternidad extramatrimonial la sentencia que fija los alimentos al demandado.

3.1.4. TITULARES DE ACCION ALIMENTARIA:

De conformidad a lo preceptuado en el art. 417 del Código Civil corresponde la acción alimentaria al hijo alimentista, por ende, la acción alimentaria es personal.

Sin embargo, como se desprende de este artículo 417° la acción alimentaria puede también ejercitarse por medio de un representante legal (la madre del alimentista) y se dirige contra el presunto progenitor o sus herederos.

3.1.5. PRUEBAS SOBRE LA CONDUCTA DE LA MADRE DURANTE LA EPOCA DE LA CONCEPCION:

La presunción de paternidad puede ser demolida por el demandado si prueba que durante la época de la concepción la madre tenía:

a) Una conducta no solo desarreglada sino notoriamente desarreglada, esto significa que la madre tanto en su vida privada como pública, se caracteriza por entregarse a los placeres mundanos y a la voluptuosidad afectando de esa manera su dignidad honor, así como a la moral y a las buenas costumbres. “también es importante anotar que la deshonestidad de la madre no priva al hijo de lograr alimentos de su presunto padre, sino solamente cuando tal deshonestidad coincide con la época de la concepción, es decir que se produce en los 121 primeros días de los 300 anteriores al nacimiento” como expresa Cornejo Chávez.

b) Un trato carnal con persona distinta al presunto progenitor, vale decir que la madre tiene relaciones coitales con diferentes personas, por tanto, no podría imputarse la paternidad a una sola persona.

c) Imposibilidad de acceso carnal con el presunto progenitor, vale decir que si durante la época de la concepción le fue imposible manifiestamente al presunto padre tener relaciones

coitales con la madre sea por encontrarse de viaje, enfermo, secuestrado u otra causa semejante.

“conviene hacer notar que no es la madre quien debe probar que llevo una vida arreglada o que tuvo trato carnal con otra persona o que no fue manifiestamente imposible el acceso con el demandado, sino que es, justamente, a este a quien corresponde acreditar alguna de dichas excepciones.

Según esta norma cuyo objeto es favorecer al hijo, a estele basta comprobar que su madre mantuvo relacione sexual con el demandado en la época de la concepción, y recae sobre el presunto padre el fardo de la prueba de haber incurrido alguno de los caos el artículo 403.

3.1.6. EXTINCION DEL DERECHO ALIMENTARIO:

El derecho alimentario del hijo alimentista se extingue:

- a. Cuando el hijo alimentista ha alcanzado la mayoría de edad, salvo que ese, no pueda proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental, en este caso mientras dure la incapacidad seguirá vigente la pensión alimenticia.
- b. Cuando fallece el hijo alimentista, en este caso, sus herederos están obligados a asumir los gastos funerarios.
- c. Cuando fallece el presunto progenitor o alimentante, en cuyo caso, la herencia del causante seguirá soportando la carga de los alimentos por un monto que no sea superior a la herencia que hubiera recibido el hijo de haber sido reconocido o declarado.

3.2. PATRIA POTESTAD

3.2.1.- CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA PATRIA POTESTAD

Siendo la familia la primera célula social, requiere de cierta organización impuesta por las mismas leyes naturales, mediante las cuales se infieren ciertas actitudes y facultades que, transformadas en derechos y obligaciones, permiten la ayuda y protección entre padres e hijos. Esta vinculación recíproca se denomina la patria potestad, la que, regimentada por dispositivos legales, se toma en una verdadera institución, base de la estabilidad de la misma familia y, por ende, de la sociedad.

La familia tiene un arraigo tan profundo que es nacido de las mismas necesidades biológicas de los hombres con fines de procreación y de perpetuidad de la especie, pero con el racional perfeccionamiento impuesto por el ser humano lo que lo diferencia de los animales tendientes a una elevación de sus actitudes, que lo sitúan en un plano enteramente superior y humano. Este perfeccionamiento está dado por la relación de padres e hijos; es decir, vinculación de dependencia, con una interacción dirigida a la cimentación de la familia, pero estructurada bajo un complejo de derechos y obligaciones que, por una parte, impone a los padres la responsabilidad de velar por la persona y bienes de sus hijos menores, imprimiendo, además, una orientación determinada a su personalidad y, por otra parte, aprovecha de los servicios de estos, usufructuando, a veces, sus bienes. Esto es lo que ha devenido llamarse la patria potestad.

La patria potestad, así considerada, vendría a ser, el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres, sobre la persona de los hijos no mayores, ni emancipados, como un medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole, función

esta, altamente delicada, impuesta por la misma naturaleza y por las leyes, para atender las múltiples necesidades de los hijos.

3.2.2.- IMPORTANCIA:

De lo expuesto, inferimos la gran importancia que posee esta Institución de la patria potestad, con relación a la formación integral de los hijos, incluyendo su personalidad y su salud, así como la dotación de sus bienes, lo cual deriva en la consolidación de la familia como una unidad vital en la integración de la sociedad.

Es innegable la gran responsabilidad que en la actualidad pesa sobre los padres de familia, en su propósito de encausar por el sendero más conveniente la vida de sus hijos. Mucho más cuando la niñez, por razón misma de su constitución psíquica, física y orgánica, está en un proceso de formación y no se halla en aptitud suficiente de contar con los medios necesarios para su propia subsistencia, ni mucho menos para cautelar sus intereses y defender sus propios derechos. Es pues, sumamente importante la presencia de los padres, quienes, por puros sentimientos tradicionalmente naturales y humanos, deben asumir esta responsabilidad, la misma que debe estar regimentada por las leyes, a fin de evitar excesos u omisiones en esta gran labor que les compete obligatoriamente.

Un rasgo característico de la niñez es el de recibir y asimilar fácilmente los elementos que le proporcionan; es decir, los niños, poseen una cualidad enteramente receptiva por la que, sin dificultad alguna, reciben y asimilan los alimentos materiales y espirituales que se les ofrecen. El niño aprende fácilmente lo bueno y lo malo. Queda pues, entonces, en la responsabilidad de los mayores, sobre todo de los padres, la gran misión de seleccionar todo lo que el niño pueda y deba asimilar como elemento de su formación, procurando ofrecerle lo que

más y mejor se adecue a la más y perfecta integración en el proceso de la formación de su personalidad. Considerada así, en este plano y con estas proyecciones, la patria potestad constituirá la institución de mayor importancia dentro del Derecho Familiar.

3.2.3.- BREVE REFERENCIA HISTORICA EN EL PERU

La patria potestad en el Perú, remonta sus orígenes, necesariamente, hasta la época incaica, que es la que marca las pautas para la estructura de un sistema jurídico que solo puede ser conocido a través de los relatos de los cronistas. Ya, Jorge Basadre nos dice: “resulta, si no imposible, por lo menos muy aventurero, ocuparse en detalle de las instituciones en general, y especialmente, las de carácter jurídico, anteriores a los incas”; y, refiriéndose a la familia incaica, anota, “aunque no hay fuentes inmediatas, cabe hablar únicamente de fuentes indirectas, es decir, de la literatura jurídica española y extranjera, avalorando especialmente a los cronistas juristas, cuyo testimonio no es más valioso”.

Es indudable que la familia incaica ostenta rasgos que nos permiten considerarla bajo un régimen matriarcal, tal como es la opinión de Juan José Vega cuando nos dice: “a partir de Bichofeen, un nuevo mundo antiguo quedaba al descubierto; sociedad en las cuales no hubo páter familias. Colectividades donde, en algunos casos las mujeres llegaron a regir plenamente la sociedad y combatir como varones. Hubo también aquí etapas matriarcales. Tal el caso de las cacicas que, en el Perú, recibieron el nombre de Capullanas o Tallaponas. Pero si observamos que el hombre mantiene cierta supremacía sobre los bienes, sobre los hijos y sobre la misma mujer, podríamos afirmar que su potestad era patriarcal, aunque no era en la forma e intensidad del régimen romano,

porque en este caso había una limitación planteada por el poder del Estado, que tenía intervención, inclusive en las relaciones familiares. Se trataba pues, de una organización que correspondía a la de un derecho patriarcal, en la que el matrimonio revestía la forma de una institución civil, in que para nada intervenía el elemento religioso y en donde no solo prevalecía el interés de los desposados, sino el interés familiar. Aun cuando la poligamia se reservaba para las clases nobles y para el mismo inca, la distinción de los hijos como legítimos o ilegítimos no existía, ni tampoco cabía distinguir la calidad de los padres, lo que daba lugar a un estudio familiar “sui generis”, en el que la contribución del Estado y la sociedad eran tangibles, hasta el punto que, tratándose del Estado, su intervención derivaba en un control permanente y obligatorio. Traducidos en normas impositivas acerca, por ejemplo, de la clasificación de edades, la fijación de la edad matrimonial el establecimiento del matrimonio monogámico y endogámico, la iniciación de los mancebos, los principios de obediencias imperativos en la niñez, etc.

3.2.4.- NATURALEZA JURIDICA

Al tratar de la naturaleza de la patria potestad, queremos referirnos a su verdadero contenido, vale decir a su esencia, a su configuración íntima, que en todo caso, no es sino una consecuencia de sus fundamentos tratados en acápite anteriores, de donde inferimos que la patria potestad no es ya un derecho, sino un deber y más que deber una función, del más alto valor, porque está dirigida a un fin nobilísimo, cual es la protección y guía de un ser humano incapacitado para protegerse y valerse por si mismo. De esta relación de padres e hijos se genera una vinculación jurídica que otorga prerrogativas y obligaciones para ambos, de donde se desprende la apreciación de dos aspectos que son bien destacados por la doctrina italiana, por medio de Messineo

(s/f) que define a la patria potestad como “un conjunto de poderes”, a los que corresponden “otros tantos poderes”, en los cuales actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar, de asistir, al hijo menor de edad, de cuidar sus intereses patrimoniales en consideración a su falta de madurez psíquica y su consiguiente capacidad de obrar. Es pues un medio para que pueda llevarse a cabo el oficio, encomendado a los progenitores, de protección al hijo. Pero, por otro lado, cuando se le considera fuera de las relaciones familiares, o sea en las relaciones externas, la patria potestad es un derecho subjetivo.

3.2.5.- CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad exhibe determinados rasgos característicos que le dan fisonomía propia y que provienen, por derivación de su propia naturaleza.

A.- es personal, intransferible o intransmisible. – significa este carácter de la patria potestad, que es un derecho que debe ser ejercitado por el sujeto que lo ostenta, sin opinión a cederlo o transferirlo, en todo o en parte, no siendo como tal, objeto de comercio alguno, tal como lo admite la doctrina en general. Existen, sin embargo, aparentes objeciones que tratan de restar eficacia a este carácter: por ejemplo, cuando se encarga el cuidado del menor a un apoderado, tutor, o cuando se le interna en una institución educativa, aparentemente hay una delegación de la patria potestad; pero, en realidad, lo que ocurre es que el padre se vale de un tercero, precisamente para ejercitar la patria potestad,

B.- Es obligatoria e irrenunciable. -el ejercicio de la patria potestad es imperativo; es decir, obligatorio para los padres, sobre la voluntad e interés de los padres, prevalece el interés social que tienden a la protección de la familia. La adquisición, modificación

o pérdida de los derechos de familia se logra por imperio de la ley y su renuncia o abandono puede traer como consecuencia, la aplicación de sanciones graves, inclusive de carácter penal. Borda nos dice; “si la patria potestad entraña, como hemos visto, una función y supone al mismo tiempo un deber, es natural que ofrezca esta nota de irrenunciabilidad”. La renuncia del padre a la patria potestad, significaría el incumplimiento del deber de protección a él atribuido. El artículo 418° del Código Civil al decir: “los padres, por la patria potestad, tienen el deber y el derecho...” está estableciendo esa condición de obligatoriedad, pues está determinado un significado de deber u obligación a la patria potestad.

C.- no es perpetua, pero si imprescriptible. – la patria potestad es temporaria, puesto que se ejerce durante la minoría de edad y mientras no se haya emancipado el hijo y/o no haya sobrevenido causas de extinción, o cuando no haya sobrevenido la pérdida del derecho como sanción impuesta por el mal desempeño e incumplimiento de los deberes paternos. Sin embargo, es imprescindible, tal como lo afirma Messineo al decir que algunos derechos familiares están sujetos a decadencia, pero ninguno es imprescriptible.

D.- no es un derecho absoluto, sino relativo y limitado. –la evolución de la patria potestad nos aclara más esta característica, encontrándola hoy, como un derecho y más que derecho, un deber no absoluto y limitado en su exceso. Y dentro de esta evolución se abre paso a la teoría de abuso del derecho, basada en un proceso de cambio, que es el resultado del hondo proceso social, económico y político, operado a través de los siglos y que surgió como una reacción contra el absolutismo de los derechos en general, tratando de fijarles limites que día a día van cercando los derechos

emergentes de la patria potestad, dando cabida a nuevos deberes que imponen las actuales condiciones sociales.

3.2.6.- EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

A. SUJETOS INTERVINIENTES

En el ejercicio de la patria potestad intervienen dos clases de sujetos quienes están obligados a ejercerla: los padres y quienes son objeto de tal ejercicio; los hijos. Sin embargo, entre ambos se establece una interrelación de derechos y obligaciones cuyo cumplimiento define la estabilidad integral del hogar. De aquí deducimos que el ejercicio de la patria potestad, no es prerrogativa exclusiva del padre o de la madre, sino, que intervienen en este, los hijos, cuyo cuidado de su persona y bienes es el “deber y derecho” de los padres. Pero, a la vez, también ellos tienen participación activa, puesto que también se establecen para ellos, obligaciones como son: “respetar, obedecer y honrar a sus padres” (art. 454° del C.C.).

a.- Los padres

Los factores fundamentales en el ejercicio de la patria potestad, son los padres, la intervención del padre está sustentada en forma incontrovertible, desde la evolución histórica de la patria potestad, hasta su actual concepción, no cabiendo, en ningún caso, objeción alguna. En cambio, la situación de la madre, ha tenido que seguir y sigue un proceso de emancipación de su situación asumida y postergada, hasta llegar a un plano eminente de igualdad, aquella igualdad que profetiza Orgaz cuando afirma que “nuestro siglo ha de ser mirado en el futuro, como el de una igualdad efectiva de los sexos por emancipación de la mujer”. En estas circunstancias,

nuestra legislación, salva este obstáculo, determinado que, en caso de disentimiento, prevalecerá la opinión del padre, Art. 419 del Código Civil, segunda parte. “la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo; en caso de disentimiento, resuelve el juez del niño y adolescente, conforme al proceso sumarísimo”, y en el caso de separación convencional o de separación de hecho se está a lo establecido por el Art. 345 del Código Civil modificado por la ley 27495.

b.- los hijos

Los hijos son los sujetos sobre quienes se ejerce la patria potestad, son los elementos, llamados por algunos tratadistas, pasivos, aun cuando en realidad no son tano, puesto que estamos tratando de demostrar que entre ambos, padres e hijos, existe un intercambio de actitudes, una interrelación de obligaciones y derechos que, en determinadas circunstancias, permiten considerar, a unos, como sujetos activos y, a otros, como sujetos pasivos, no siéndolo necesariamente, en situación permanente, sino, más bien, a veces, alternativamente, a veces simultáneamente y en otros casos, exclusivamente.

b1 los hijos matrimoniales

Son hijos matrimoniales los que han nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Los hijos legitimados son los que, habiendo nacido fuera del matrimonio obtienen la condición de tales, por subsiguiente matrimonio de los padres, o por declaración judicial, obteniendo los mismos derechos que los legítimos.

La situación de estos hijos frente a la patria potestad, está establecida mu claramente. Los padres en forma conjunta la ejercen, resolviendo el juez de familia en casos de disentimiento, conforme al proceso sumarísimo.

b.2. Los hijos extramatrimoniales

Hijos extramatrimoniales o naturales son los que nacen fuera del matrimonio, revistiendo una serie de modalidades provenientes de la edad y estado civil de los padres, siendo en algunos casos, reconocidos simultáneamente por estos; voluntariamente, por algunos de ellos y obligaciones al reconocimiento; todo lo cual da lugar a situaciones jurídicas distintas que inciden en el ejercicio de la patria potestad.

Es una situación enteramente delicada la que se propicia entre la familia ilegítima, porque la ausencia del vínculo jurídico entre los padres y, en muchos casos, la falta de convivencia entre ellos, imposibilitan o dificultan el ejercicio simultáneo de la patria potestad y aun el ejercicio correspondiente a uno de ellos, cuando están en el deber de poder hacerlo, cual es el caso del padre o madre que reconoce voluntariamente a di hijo, quien debe tener mejores prerrogativas que aquel que fue obligado al reconocimiento.

En cuanto que determina que la patria potestad, por falta de reconocimiento voluntario del padre, corresponde a la madre aunque sea esta menor de edad, en principio la regla fundamental no ofrece ningún problema; pero en cambio, la aclaración final, “aunque menor de edad” suscita cierta observación, pues si la mujer soltera menor de edad no tiene

ella misma capacidad civil, no se acierta a comprender como la madre ilegítima menor de edad puede ejercitar la patria potestad sobre otra persona, si ella misma no es para la ley, capaz de velar por su propia persona.

IV LEGISLACION NACIONAL

En el Capítulo Tercero, en el artículo 415° del Código Civil, menciona el Derecho de Hijo alimentista, y el Título II en el Capítulo único en el Art. 418° hace mención acerca del ejercicio, contenido y terminación de la Patria Potestad.

4.1. DEBERES Y DERECHOS PATERNO-FILIALES

El sustento mismo del significado de la patria potestad a través de su ejercicio, está dado, mediante el planteamiento de cuáles son los deberes y derechos que deben ostentarse y cumplirse, para que se haga verdaderamente efectiva esta institución. En realidad, la forma como se conceptúen y cumplan estos deberes y derechos, depende su éxito.

Estos deberes y derechos, cuando están dirigidos a los propios sujetos son de carácter personal y cuando se dirigen a los bienes, son de carácter patrimonial. Entre ellos tenemos:

a. Alimentación

Un deber primordial, simultaneo y permanente, es el de proporcionar alimentos a los hijos. El art. 472° define los alimentos como lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la situación y posibilidades de la familia. Esta obligación no nace del matrimonio, sino del hecho material de la

procreación, puesto que ella incumbe igualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Es además un deber derivado del derecho natural que tiene carácter ineludible, puesto que constituye el sustento de la propia vida. Negarse a ello, significaría atentar contra la misma vida de los hijos.

El incumplimiento de esta obligación, además de ser causal de pérdida de la patria potestad, puede dar a lugar a sanciones de orden civil y penal, tal como lo prescribe los Art. 149 de Código Penal y Art.125 del acotado cuerpo legal, configurándose como delio de omisión de asistencia familiar con inminente daño a la salud.

b. Educación

El inc. “c”, del Art. 74 Código de los Niños y Adolescentes, impone la obligación de “dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo de sus hijos conduciendo la instrucción profesional de los hijos conforme a su vocación y aptitudes. Se dice que la función paternal se realiza normalmente a través de la escuela; sin embargo, esta formación es muy limitada, pues, hoy en día sabemos que la educación empieza desde el nacimiento del niño y gran parte de la influencia educativa que recibe esta dada a través del hogar y de la sociedad. A la escuela, el niño asiste normalmente, a la edad de seis años, cuando ya ha tenido las primeras vivencias y quizás, las más fundamentales, realizadas en el hogar, lo que significa, que la educación hogareña, complementada con la de la escuela, servirán para determinar la futura personalidad del niño.

c. Corrección

Los padres, tienen que hacer uso de esta facultad que la ley les confiere, de corregirlo, pero con un carácter moderado. Esto, naturalmente, es muy relativo, pues no existen patrones, ni límites

tajantes hasta donde puede calificarse determinada actitud correctiva de los padres con denominación de moderación, que puede incidir en una actitud sumamente suave, hasta otra más exigente y severa, según la condición cultural de los padres y a veces de sus propios caracteres internos de autoridad dominante, contemplativa, o indiferente.

d. Representación.

El Art. 419° del Código Civil señala: “cuando la patria potestad se ejerza a la vez, por el padre y la madre, el representante legal del hijo y el administrador de sus bienes será de ambos. Se refiere esta representación a todos aquellos actos que el menor no puede realizarlos por sí mismos, conforme a ley.

e. Aprovechamiento de servicios

El inc. “g” del Art. 74 Ley 27337 dice que los padres pueden “aprovechar los servicios de los hijos, atendiendo a su edad y condición”. Es un derecho que se otorga a los padres para inculcar a los hijos el hábito al trabajo y a las labores del hogar, y para procurarse ayuda en los quehaceres diarios.

4.2. DEBERES Y DERECHOS DE LOS HIJOS

A) Obediencia

Nuestra legislación lo estipula en el Art. 454° del Código Civil, al decir; “los hijos están obligados a respetar, obedecer y honrar a sus padres”. Se trata de un deber refrendado y exigido por la moral y el derecho. En el orden moral, los teólogos, apoyados en el derecho natural, entienden que los hijos deben a sus padres, obediencia en todo lo que es lícito y honesto. En el orden jurídico, la ley exige la sumisión del hijo hacia el padre, dentro

de la patria potestad, con carácter coactivo; es decir, como obligación, naturalmente, dentro de lo lícito y legal.

B) Respeto y honra hacia los padres

Terminológicamente respetar significa honrar a una persona. El respeto de los hijos hacia los padres es un deber de derecho natural y significa un principio puramente moral desprovisto de efectos jurídicos, pues, por ejemplo, su incumplimiento no puede generar, muchas veces, sanciones; tampoco termina con la edad, porque podemos observar y sucede casi siempre que los hijos que durante toda la vida respetaron y honraron a sus padres, no tienen por qué encontrar motivo alguno, para que dejen de hacerlo al término de la patria potestad, sino que mantienen estas actitudes, proyectándolas hacia sus padres, durante toda su vida.

C) Contraer obligaciones o renunciar derechos

El menor que tenga más de dieciséis años de edad, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1358, puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen. Cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho.

El menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a terceros (art. 456 C.C.)

D) Capacidad de adquirir a título gratuito, si tiene discernimiento

El art. 455 del C.C. dice: “el menor capaz de discernimiento puede adquirir a título puramente gratuito, donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples; sin intervención de sus padres.

E) Práctica de actos requeridos por la industria que ejerce con autorización

El art. 457° de C.C., otorga al menor capaz de discernimiento que puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiriera como producto de aquella actividad, usufructuarios o disponer de ellos. La autorización puede ser revocada por razones justificadas.

F) Responsabilidad por sus actos ilícitos

El art. 458 del C.C., dice “el menor capaz de discernimiento responde de los daños y perjuicios causados por sus actos ilícitos”.

También lo están a cubrir el saldo en favor de los padres que administraron sus bienes que resulte de la cuenta final, así como los intereses legales de dicho saldo desde que reciban sus bienes, según disposición del art. 431 de C.C.

El tratadista López (1981), sostiene que tienen el deber de prestar a sus padres los servicios propios de su edad sin tener derecho a paga o recompensa, pues no hay una relación laboral.

G) Derecho a recibir interés legal

De conformidad al artículo 430 del C.C., tienen derecho los hijos del saldo que resulta en contra de los padres los intereses legales desde un mes después de terminación de la patria potestad. Esta obligación es solidaria.

4.4. ADMINISTRACION LEGAL

La administración legal es un atributo de la patria potestad ejercido por el padre y en efecto de este, por la madre, sobre los bienes del menor. Tiene por fundamente la incapacidad del hijo por razón de su edad.

A) TITULAR DE LA ADMINISTRACION LEGAL

El padre, siendo el representante legal del hijo, está en condiciones de cuidar y de administrar convenientemente los bienes de los hijos, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales, aun la situación jurídica de los progenitores derive en divorcio o simple separación convencional, en cuyo caso es la madre quien puede asumir este ejercicio, si es que la justicia le confía la guarda del hijo. También la madre asume esta administración en caso de que el padre la ha perdido por causas que se expondrá más adelante o cuando está ausente.

B) SANCIONES AL ADMINISTRADOR LEGAL EN GARANTIA DEL MENOR

Contra el padre que incumple sus obligaciones de administrador, existen algunas medidas que garantizan su misión.

- **La pérdida de su atribución.** - el padre puede ser despojado de la administración solo por causa grave, tal como poner en peligro los bienes del hijo, ya sea disponiendo de ellos a título gratuito o de cualquier otra manera.
- **La anulación de los actos realizados irregularmente.** - los actos realizados irregularmente pueden ser anulados por el hijo, por los herederos del hijo, o por el representante legal del mismo de acuerdo a lo establecido por el Art. 450° del C.C.

- **La responsabilidad pecuniaria.** -frente al hijo, la responsabilidad pecuniaria del padre puede ser comprometida por razón de la anulación del acto incorrecto solo cuando previamente constituyo garantía para asegurar la
- responsabilidad de su administración.

D) PERDIDA DE LA ADMINISTRACION LEGAL

Se pierde la administración legal, cuando se demuestra que la gestión de los padres lesiona el patrimonio de los menores, presentándose los siguientes casos:

- i. Cuando padre que ejerce la patria potestad es declarado en quiebra.
- ii. Si el padre o la madre que quiera contraer nuevo matrimonio debe pedir al juez antes de celebrarlo, que convoque al Consejo de Familia para que este decida si conviene o no que siga con la administración de los bienes de sus hijos del matrimonio anterior.
- iii. Si el padre o madre se casara sin cumplir las obligaciones que impone el art. 433° de C.C., quedando los nuevos cónyuges solidariamente responsables como los tutores.
- iv. Si la madre misma, cuyo hijo está bajo la patria potestad, lo pide indicando la persona del curador.
- v. Si el padre, cuyo hijo queda bajo la patria potestad de la madre, nombra un curador en su testamento y el Juez lo estima conveniente.
- vi. Cuando el que ejerce la patria potestad, pone en peligro los bienes de los hijos.

4.6.-LA RECUPERACION O RESTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD

La posibilidad de la recuperación o restitución de la patria potestad, procede cuando las causales originarias hubieran desaparecido o cesado. La acción lo puede intentarse transcurridos tres años de a cumplida sentencia correspondiente. El Juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor.

En los casos de pérdida o suspensión, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron.

Este artículo ha sido modificado por el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337. El asunto esta tratado En el artículo 78° en los términos siguientes:

“los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva”.

El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del principio del interés superior del Niño y del Adolescente.

4.7.- RÉGIMEN LEGAL VIGENTE

4.7.1. NORMAS CONSTITUCIONALES

La Constitución Política del Perú consagra las siguientes normas que se vinculan al derecho alimenticio:

El artículo 2 inciso 1 establece que toda persona tiene derecho a la vida y a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y

bienestar. Además, establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

El artículo 2 inciso 22 regula que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Este artículo se vinculó con el hábitad que debe tener toda persona para desarrollarse, siendo la habitación parte de los alimentos.

V.- JURISPRUDENCIA

DERECHO DE ALIMENTOS A FAVOR DEL HIJO ALIMENTISTA

DICTAMEN FISCAL Doña Dora Meza Tafur inicia acción de alimentos contra don Adriel Vásquez, guardia civil, para que este acuda con una pensión para su hijo ilegítimo no reconocido, habido en sus relaciones al margen del matrimonio, en Yurimaguas. El demandado niega todos los hechos, que han servido de fundamentos a la demanda; pero de la prueba oral actuada se desprende que hubo tales relaciones. El obligado, al contestar el interrogatorio reconoce que la demandante, se dirigió a él con el fin de pedirle dinero, para la asistencia del menor e incurre en contradicción, al afirmar, que no conoció a la preguntante en Yurimaguas para luego decir, que ella se le acercó a pedirle dinero como una extraña {pregunta primera y respuesta última).

En el caso sub-júdice no se requiere una investigación rigurosa de la paternidad, basta presumirla, para ampararla demanda de alimentos; y esta presunción está confirmada por la partida de nacimiento, acompañada a la demanda.

Por tales consideraciones, opino que NO HAY NULIDAD, en la recurrida, confirmatoria de la apelada que declara fundada la demanda y fija la pensión mensual en 150 soles. Lima, 20 de Julio de 1954-Febres

RESOLUCION SUPREMA. Lima, 7 de agosto de 1954- Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal. Declararon (NO HABER NULIDAD) en la sentencia de vista, que confirmando la apelada declara fundada la demanda de alimentos interpuesta por doña Dora Meza Tafúr, y ordena que don Adriel Vásquez Lovera acuda a la hijo Romo Vásquez Meza, la que se computa a partir de la fecha de la citación con la demanda; con/o demás que contiene; condenaron en los costos del recurso y a la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron Armedia-Serpa-Alva- Tello Vélez.-Ramírez. (R. de J.P. año 1955 No. 135, pág. 1932).

A primera vista puede parecer que la ejecutoria bajo comentario resulta ser del todo lejana e inaplicable frente a nuestra actual legislación, pero ello no es así. La institución del Hijo Alimentista fue recogida por el artículo 367 del Código Civil Derogado y es tratada hoy por el Código Civil de 1984 en los artículos 415 y ss, en similares términos.

Por lo general la obligación de prestar alimentos emana de una relación de consanguinidad o afinidad. Así el Artículo 474 del vigente Código Civil establece que se deben recíprocamente alimentos los cónyuges. Ascendientes, descendientes y hermanos. Pero el propio legislador ha establecido excepciones a esta *regla*, las cuales no se enmarcan dentro de los presupuestos nombrados. Así tenemos el derecho del conviviente a pedir alimentos (art. 326). el derecho de las personas que vivieron con el causante a gozar del beneficio alimentario por tres meses (art. 870) y en especial el derecho del hijo alimentista (art. 415 y ss.).

Se define al Hijo Alimentista como el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado por su padre, pero "a quien debe pasar una pensión alimenticia hasta cierta

edad el varón que hubiese mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción"(Cornejo, 1985. Pág. 251). Como sabemos el hijo extramatrimonial tiene sólo dos maneras de emplazarse en su status de hijo propiamente dicho, o por medio del reconocimiento voluntario o por la declaración judicial de la paternidad o maternidad. Es decir, que quienes no han sido reconocidos ni declarados no tienen estrictamente hablando familia y en consecuencia no teniendo vínculo de consanguinidad no deberían tener derecho a demandar alimentos. Pero ante ello el Dr. Cornejo Chávez nos explica el fundamento sobre el que descansa este derecho alimentario: "Pero hay un derecho que ni aun a él ha querido negarle la ley: el derecho a subsistir, el derecho, por tanto, a ser alimentado mientras no pueda valerse por sí mismo. Y por eso antes de que la beneficencia privada o pública o el Estado a través de la asistencia social asuma el problema de sustentar a tal hijo, la ley hace recaer la obligación en quien, no pudiendo ser señalado ciertamente como padre, puede serlo verosímilmente: aquél que, en la época de la concepción, mantuvo con la madre relación sexual"(Cornejo, 1985. Pág. 251- 252). Es decir, el fundamento del artículo 415 no descansa en una relación familiar o de consanguinidad sino en un hecho fáctico, cual es la existencia de relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción.

De todo lo expuesto, es importante dilucidar dos supuestos que animan a polémica: El primero, el hijo extramatrimonial no reconocido que demanda alimentos al amparo del art. 415 y que posteriormente pierde juicio de filiación contra aquella persona que le viene prestando alimentos; y el segundo, el hijo extramatrimonial no reconocido que demanda filiación sin lograr probarlo y luego demanda alimentos al amparo de 415 contra el mismo sujeto.

Ante estos supuestos existen dos posiciones no sólo a nivel doctrinal, sino también a nivel judicial que son: La primera considera que una vez que el "hijo" ha perdido el juicio de declaración de la paternidad extramatrimonial, no puede demandar alimentos al mismo sujeto y si este los estuvo prestando con anterioridad podrá dejar de pasarlos. La segunda posición establece que aún cuando no se haya

probado la filiación extramatrimonial, dicho "hijo" tiene derecho a alimentos mientras pruebe las relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción.

La primera posición parte de un fundamento equívoco a nuestro parecer de esta institución, por cuanto considera que en el juicio de alimentos lo que existe es una presunción de paternidad la cual desaparece si luego no se vence en el juicio de filiación respectivo. Esta posición se encuentra amparada por jurisprudencia como la comentada, en el sentido que en el juicio de alimentos "no se requiere una investigación rigurosa de la paternidad, basta presumirla", en contrario, no demostrándose la paternidad en el juicio riguroso de filiación, pues se rompe el sustento legal de los alimentos.

La segunda posición, amparada por amplia jurisprudencia (sobre todo actual), establece claramente que en el juicio de alimentos no se discute la paternidad, sino la obligación de prestar alimentos por el que tuvo relaciones con la madre durante la época de la concepción. Es decir, que aún en el caso que no se probara la paternidad en el juicio correspondiente, procederá la obligación de prestar alimentos cuando se pruebe las relaciones sexuales durante la época de la concepción.

Creemos que esta segunda posición es la acertada además de lo ya explicado por las siguientes razones:

1) La Ley establece en el art. 415 que fuera de los casos del art. 402 el hijo extramatrimonial tiene derecho a demandar por alimentos al hombre que haya tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción. Ante ello puede darse una interpretación restrictiva y decir que, lo que la ley establece es que sólo el que no haya iniciado un procedimiento de filiación tiene expedita la vía para pedir alimentos, pero el que demandó filiación y no pudo probarlo ha perdido ese derecho. Consideramos que ese no es el espíritu de la norma y que no hay que distinguir

donde la ley no distingue y que en último caso si hay que interpretar, siendo una institución tuitiva y cautelar, se deberá interpretar siempre a favor del menor.

2) La segunda razón es el hecho que en ambos procedimientos se ventilan hechos distintos. En el juicio de filiación extramatrimonial se ventila la paternidad de un hombre respecto de su supuesto "hijo" y debe probarse al amparo de los supuestos taxativamente indicados en el art. 402 y sus consecuencias en caso de declararse fundada la demanda superarán el ámbito alimentario. En el juicio de alimentos amparado en el art. 415, lo que se debe probar es sólo la existencia de la relación sexual durante la época de la concepción y sus consecuencias se determinarán sólo dentro del marco alimentario. Por tanto, la cuestión de fondo es totalmente disímil en uno y otro caso, la prueba a versar también y las consecuencias diferentes.

3) Por último, el Dr. Cornejo Chávez ponente del Libro de Familia establece que para el caso del hijo alimentista podríamos hablar que existe una presunción de paternidad pero "sólo para efectos alimentarios", presunción que sólo exigirá como prueba las relaciones sexuales con la madre por lo menos durante los 121 primeros días de los 300 anteriores al nacimiento.

EXPEDIENTE No 1114-95

SEXTA SALA - AÑO: 95

Lima, nueve de Junio de mil novecientos novecicinco.- VISTOS; interviniendo como Vocal ponente el Señor Seminario Valle; por sus fundamentos; de conformidad con la opinión de la Señora Fiscal Superior de fojas setentitrés; y CONSIDERANDO: además, que según el acta de audiencia única de fojas treintisiete y treintiocho, las partes llegaron a la conciliación que sea la madre quien siga teniendo en su poder a sus tres menores hijos, lo que es aprobado por el juzgado con respecto a la tenencia a favor de la demandante; que prosiguiendo el trámite del proceso en el extremo de los alimentos, se aprecia que si bien no está plenamente demostrado que el demandado tenga trabajo estable con sueldo fijo, aduciendo más bien estar desocupado, sin embargo tiene obligación conjuntamente con la actora al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades; que la suma fijada por la juez es equitativa y justa, en vista del número de menores alimentistas; CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas cuarentitrés a cuarenticinco, que declara fundada en parte la demanda interpuesta por doña Bertha Irma Cisneros Núñez contra don Víctor Benjamín Gonzáles Sánchez sobre alimentos; en consecuencia ordena: que el obligado debe atender al sostenimiento de sus hijos Liubica Miluska Massiel, Hans Fischer Winston y Mirella Yesabella Gonzáles Cisneros de tres, dos y un año de edad respectivamente, así como para la esposa con la suma de doscientos cincuenta nuevos soles, correspondiéndole a cada hijo setenta nuevos soles, y a la madre la suma de treinta nuevos soles, en forma adelantada; con lo demás que contiene; y los devolvieron.- Señores FERREYROS PAREDES / SEMINARIO VALLE / MIRANDA CANALES.

VI.- DERECHO COMPARADO

6.1.- LEGISLACIÓN COLOMBIANA (Díaz s & Sepulveda 2004)

6.1.1. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

El art. 133 del Código del Menor establece: «Se entiende por alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto». Ese es el alcance de la obligación alimentaria y por eso parece disgregada en los aspectos básicos, que son:

- 1) **Comida, alojamiento, vestuario.** De donde se deduce que la palabra alimentos es susceptible de entenderse en dos sentidos: uno singular, como equivalente de comida, y uno jurídico, que es excesivamente amplio, pues abarca cuanto una persona necesita para conservar la existencia.
- 2) **Según la edad del alimentista,** los alimentos comprenden los gastos de educación o instrucción, ante todo en relación con los hijos (legítimos, naturales, o extramatrimoniales y adoptivos). El Código

(art. 413, párr. final) advierte que el alimentante debe suministrar al menor de 18 años «la enseñanza primaria y de alguna profesión u oficio». Dicha obligación debe entenderse, como se dijo, ampliada por la Const. Pol, pues si un hijo tiene vocación y aptitudes para cursar carrera en una universidad, no se ve por qué el alimentante no continúe sufragando los gastos hasta la obtención de un título profesional. Además, los arts. 257, 258, 264 y otros del C.C, imponen a los padres la obligación de educar a sus hijos, sin limitación alguna en cuanto a la edad.

El marido debe pagar los gastos de educación de su mujer si ésta desea cursar estudios y carece de bienes, especialmente profesionales; lo mismo debe afirmarse de la mujer en relación con su marido.

3) Recreación. Se trata de un derecho fundamental del menor y de todas las personas (Const. Pol. Art. 43 y 52); está íntimamente ligado con el de la educación y es elemento indispensable para la formación integral del menor y para el pleno desarrollo de la personalidad humana. La sola formación en establecimientos educativos no es suficiente; todas las personas deben disponer de parte de su tiempo y de recursos económicos para la realización de actividades culturales, deportivas, de entretenimiento y diversión. Desde luego que para el cabal desarrollo de este derecho y del de la educación se requiere también que el Estado diseñe, desarrolle y cumpla con los mandatos constitucionales que le han sido impuestos imperativamente y que no son, como han querido entender algunos que aún mantiene la concentración clásica sobre las normas programáticas, simples directrices políticas o deseos o consejos.

6.1.2. CLASIFICACIÓN

El Código Civil divide los alimentos en congruos y necesarios (art.413). Los congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir de un modo correspondiente a su posición social; y los necesarios, los que habilitan para sustentar la vida

6.1.4. REQUISITOS PARA TENER DERECHO A RECLAMAR ALIMENTOS

Los requisitos para poder reclamar alimentos, son los tres siguientes; 1º) que exista un vínculo de parentesco o el supuesto de donde nace la obligación (acta de matrimonio, sentencia de adopción, de divorcio, etc.); 2º) que el peticionario carezca de bienes y no tenga maneras de trabajar; 3º) que el alimentante tenga bienes suficientes.

6.1.5. PARTICULARIDADES DEL PROCESO (Procedimiento)

Incumplimiento de la obligación, conciliación, Cobro judicial y fijación de la pensión. En la mayoría de los casos la obligación se paga en forma voluntaria, pero en ocasiones se incumple. Si se trata de alimentos debidos, a menores, el C. del M. establece en los arts. 136 a 159 el procedimiento que debe surtirse ante los jueces de familia, si no existen, ante los municipales de la residencia del menor, para la fijación de la pensión alimenticia y el cumplimiento del obligado; se estableció una conciliación previa para fijar la cuantía y para el ofrecimiento verbal o escrito de fijación o revisión de alimentos debidos a menores. Para los demás casos se aplica el O. de P.O., en trámite de única instancia por el procedimiento verbal sumario (art. 435) y pueden conciliarse en los términos de la ley 23 de 1991.

En realidad, los dos procedimientos son similares, salvo que en el de menores no está prevista la intervención del ministerio público.

Pago forzoso de la pensión de alimentos.- Cuando no hay pago voluntario de la pensión alimenticia, se obtiene por la vía judicial; señala el art. 423 del C.C. que «El juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o a sus herederos luego que cese la obligación».

Igualmente, el juez podrá ordenar que el cónyuge obligado a suministrar alimentos al otro, en razón de divorcio o de separación de cuerpos, preste garantía personal o real para asegurar su cumplimiento en el futuro.

Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales, conforme a la ley, se determina por mutuo acuerdo la cuantía de las obligaciones económicas; pero a solicitud de parte podrá ser modificada por el mismo juez, si cambiaren las circunstancias que la motivaron, previos los trámites establecidos en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil.

En el mismo evento y por el mismo procedimiento, podrá cualquiera de los cónyuges solicitar la revisión judicial de la cuantía de las obligaciones fijadas en la sentencia.

Bien puede observarse que el primer párrafo corresponde a los que disponía el antiguo art. 423 del C.C. los párrafos 2o, 3o y 4o constituye normas nuevas que le fueron agregadas a este artículo por el art. 24 de la ley lo de 1976, o ley del divorcio.

6.1.6. PENAS

Sanciones por incumplimiento de las obligaciones.- Si no puede obtenerse el pago con intervención del juez, al obligado se le pueden imponer sanciones penales; también, si fuere el padre o la madre podrá serle suspendida la potestad parental y aun decretarse su pérdida; además, esa conducta encausa para que el otro cónyuge, si se trata de esposos, solicite el divorcio o la separación de cuerpos o de bienes.

Las sanciones civiles pueden resultar insuficientes, pues puede suceder que el marido se insolvente ficticiamente, o que el empleado a quien se le embarga su sueldo abandone el cargo. De ahí que la ley 83 de 1946 diera un primer paso tratando de crear el delito de abandono de familia (arts. 77 a 80). Por la nueva ley 75 de 1968 se pretendió configurar mejor este tipo de delito.

Más tarde el nuevo Código Penal, es sus arts. 263 a 267, reglamento los delitos contra la asistencia alimentaria.

Según el art. 263, «el que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arrestos de seis (6) meses a tres (3) años y una multa de un mil a cien mil pesos. Cuando se trate del parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos».

El art. 264 aumenta la sanción hasta en una tercera parte «si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio».

En todos los casos se requiere querrela de parte (CP., art. 267). El C. del M., art. 270, agrava la pena por inasistencia alimentaria a los menores; la pena será de 1 a 4 años y multa de 1 a 1000 días de salario mínimo legales.

6.2. LEGISLACIÓN ARGENTINA

6.2.1. CONCEPTO

a) **Concepto y Contenido.-** La obligación de prestarse asistencia entre los parientes es una consecuencia de la solidaridad de la familia. Por mucho que está última haya sufrido una gran merma en nuestra época, subsiste aún, en cuanto a ese deber elemental de ayudarse cuando mediare absoluta necesidad. Se trata de una obligación recíproca: es que debe alimentos, a su vez tiene el derecho el de exigirlos llegado el caso. Es también de carácter personalísimo. Los alimentos se deben a determinado individuo y no a otro; de allí derivan las consecuencias jurídicas que examinaremos muy pronto en cuanto a la transmisibilidad y embargabilidad, situación de crédito alimentario respecto de la compensación, etc.

El art. 372 del Código Civil determina: «La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la existencia en las enfermedades».

(SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA)

El deber más elemental que surge como derivado de la paternidad misma, es el de prestar alimentos. El art. 265 del C.C.al enumerar las responsabilidades y derechos de los padres dice: que entre otras éstos tienen la obligación de alimentar a sus hijos y el 268 del mismo código

declara: «La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades».

Dentro de éste concepto legal queda incluido por consiguiente, el deber de suministrar la educación, a que no solo se refiere el artículo citado y su correlativo 330 para los padres naturales, sino también el 3o de la ley de educación común, según el cual la obligación escolar comprende a los padres, tutores o encargados de los niños dentro de la edad establecida dentro de la edad establecida en el art. lo de la misma (o sea de 6 a 14 años). Ella, como lo determina el art. 4º puede cumplirse tanto en escuelas públicas como en particulares y en el propio hogar bajo la inspección de la autoridad respectiva.

6.2.2. CLASIFICACIÓN FINAL

La doctrina, al estudiar los alcances de la obligación alimentaria en general, suele distinguirlos alimentos naturales y los alimentos civiles. Esta distinción parte de algunos comentarios del Corpus Iuris Civiles justineano, especialmente elaborada por los pandetistas alemanes, que juzgaban que los alimentos naturales son aquellos que atienden estrictamente a las necesidades básicas del alimentado; en cambio, los alimentos civiles comprenderían también la satisfacción de necesidades de educación e instrucción. La doctrina moderna extendió después la noción de alimentos civiles a la satisfacción de todas aquellas necesidades que surgen, no de los indispensables únicamente, sino de la posición social de la familia, como afirman Castán, Díez Picazo y Gullón. El art. 1613 del Esbozo de Freitas se distingue claramente los alimentos naturales y los civiles.

Los primeros comprenden solo «lo necesario para el sostén, habitación y vestuario del alimentado y para el tratamiento de las enfermedades». Los segundos, «lo necesario para los gastos de educación, si el alimentado fuese menor; y si fuese mayor, lo necesario para un tratamiento correspondientes a su calidad de persona». La misma distinción se advierte en algunos códigos extranjeros, como el español (arts. 142 y 143) e italiano de 1942 (art.438 y 439). El art. 372 del Cód. Civil argentino, aunque sigue a Freitas, sólo acoge, literalmente, los llamados alimentos naturales.

Pero en otra norma, el art. 3790, al legislar sobre el legado de alimentos, dispone que éste se extienda o comprende la instrucción correspondiente a la condición del legatario. Nuestra doctrina, sin embargo, interpretando ampliamente la primera de aquellas normas, ha juzgado que la prestación alimentaria debe resolverse siempre teniendo en cuenta las condiciones de edad, parentesco, condición económico-social, posibilidad de trabajo, salud física o moral de aquel que la solicite, etc., sin ceñirse estrictamente al victus o pura necesidad de subsistencia física.

6.2.4.- REQUISITOS:

Extremos que deben probarse.- Los deberes entre cónyuges, y también veremos que los derivados de la patria potestad, revisten un carácter distinto. Sin embargo, en algunos supuestos el Código confunde estas dos situaciones, y en art. 373 no habla de cuándo cesa la obligación de alimentos de los padres a los hijos. El hijo, para pedir alimentos al padre, no debe justificar más extremo que la filiación, y no el estado de indigencia ni en principio, la necesidad del socorro. Por el contrario, el pariente debe producir una prueba en los términos del art. 370 del Código Civil y 601 y siguientes del Código de Procedimientos.

El primero dice así: «El pariente que pida alimentos, debe probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiere reducido a tal estado».

De modo que los hechos debe establecerse el actor son:

a) El parentesco

b) La necesidad, poco importa que esta último haya sido producida por causa del mismo interesado; este podrá ser un motivo para que el tribunal, al fijar la cuota, lo haga con mayor parsimonia, pero no es óbice para privarlo de auxilio. En otros términos, este deber alimentario no es tan solo una protección a la indigencia originada por circunstancias fortuitas: la ley impone la asistencia entre parientes, aún para los que tengan culpa.

Si bien la condición de los cónyuges bajo este respecto es peculiar, el art. 80, Ley de Matr., suministra un antecedente a favor del criterio que dejamos indicado.

La ley no permite, naturalmente, que se subvenciona a la gente que no trabaje, que se dé una prima a la holgazanería; pero al actor no se le puede enroscar que se haya quedado en la miseria a raíz de especulaciones poco inteligentes o aún por causa de sus propios vicios.

El mayor o menor grado de necesidad es uno de los elementos a considerar por el juez para la fijación del monto.

c) También es otro factor, el caudal del demandado, comprendiendo, como es lógico, su activo y su pasivo. Según la importancia de sus medios, será la mensualidad a satisfacer.

La condición de los cónyuges entre sí, bajo el aspecto de la obligación alimentaria, durante la subsistencia de la armonía conyugal o con posterioridad al divorcio, ha sido ya considerada en el capítulo respectivo, teniendo también en vistas las modificaciones que el criterio judicial ha debido experimentar a raíz de la ley 11.357. Esa cuota se fija frente a una serie de antecedentes que pueden surgir de la confusión del mismo demandado, de información testimonial, referencias de los bancos, Registro de la Propiedad, etc.

Establecida la pensión alimenticia, ella comienza a correr, según la jurisprudencia, desde el momento en que se solicitaron los alimentos; terminado el juicio respectivo, el alimentante debe la prestación desde el comienzo. A veces, sin embargo, los fallos han mitigado ese rigor, cuando se ha visto que los procedimientos habían quedado en suspenso por negligencia del mismo interesado y luego se han formado liquidaciones que podían comprender muchos años vencidos.

6.2.5. PROCEDIMIENTO

Juicio Sumario.- El art. 375 prescribe de una manera general el trámite en la acción de alimentos. Es un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirte.

El pleito respectivo puede ser entablado tanto por el menor, asistido por un tutor especial, como por cualquiera de los parientes o por el Ministerio de Menores, según lo determina el art. 272.

El deber alimentario, que dejamos examinando, incumbe con preferencia al padre en caso de divorcio, separación de bienes o nulidad del matrimonio, siempre que el juez dejaré los hijos en su poder (art. 271).

Esta disposición, demasiado general, debe ser considerada de acuerdo con las reglas que ya conocemos y que han sido estudiadas tanto con referencia al divorcio (art. 76 Ley de Matr.), como a la nulidad (arts. 87 al 89 de la misma), y finalmente al analizar el art. 1300 por los que hace a la separación de bienes. En principio, el deber alimentario pesa en tales casos sobre cónyuges y preferentemente sobre el que tuviera la guarda.

Crítica.- Este juicio está organizado en interés del indigente, o sea del que solicita los alimentos, pero se presta a muchos abusos, y aún a extorsiones. Una persona lo entabla y, de acuerdo con el Código de Procedimientos de la Capital y de casi todas las provincias, desde ese comienzo puede librarse el mandamiento cuando hay base informativa para la fijación y exigirse el pago por medio de apremio. Entre tanto, el supuesto deudor no es oído y no tiene más remedio que deducir los correspondientes juicios ordinarios, que es largo, que el propio alimentario se empeña en prolongar, y durante el cual los alimentos deben ser cubiertos, con el agregado de que no dan lugar a restitución.

Es pues, un remedio arbitrario en condiciones demasiado favorables al solicitante y en extremo perjudicial para su adversario. La práctica de los tribunales ha tolerado que el demandado por alimentos presente escritos en los autos, para que se lo tenga presente; pero con ellos no puede trabar debate ni controversia alguna. El deudor es condenado por los datos que traen los testigos, a menudo complacientes, o por los informes que procura tendenciosamente su propio contrario.

6.2.6. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA:

El incumplimiento de la obligación alimentaria, traducido en la falta de pago oportuno de la suma fijada judicialmente, permitirá al alimentario solicitar las medidas de ejecución pertinentes, como el embargo de bienes suficientes para satisfacer el importe de las cuotas alimentarias (cfr. Art. 502, Cód. Proc. Nación). Salvo acuerdo de las partes, el importe de la cuota debe depositarse judicialmente (art. 646, id.) y si dentro del quinto día de la intimación de pago el obligado no le hubiere hecho efectivo, se procederá a la traba del embargo sin otra sustanciación (art. 648). Claro que el procedimiento de ejecución no constituye típicamente sanción alguna contra el obligado, sino simplemente, un efecto propio de la condena.

Entre las segundas, al obligado se lo puede imputar del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar prevista en el ley 13.944.

Art. 1:(Multa según ley 24.286) Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a veinticinco mil (\$ 25.000) a los padres que, aún sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hijo menor de dieciocho (18) años o de más si estuviese impedido.

Art. 2: En las mismas penas del art. Anterior incurrirán, en caso de sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia. Aun sin mediar sentencia civil:

- a) El hijo con respecto a los padres impedidos;

b) El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho (18) años, o de más si estuviese impedido; y el dieciocho con respecto al adoptante impedido.

c) El tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho (18) años o de más si estuviera impedido, o al incapaz que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela;

d) El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa.

Art. 2 bis:(Incorporado por ley 24.029) Será reprimido con la pena de uno (1) a seis (6) años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones.

Art 3: La responsabilidad de cada una de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores no quedará excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia.

VII CONCLUSIONES

PRIMERA: La vida humana debe ser protegida desde que biológicamente existe. El Código Civil peruano en su artículo primero declara que la vida humana comienza con la concepción, siendo desde ese momento digno de protección; pero la norma mencionada no se limita a reconocer que el concebido es sujeto de derecho, sino que además precisa que tal condición solo le corresponde “para todo cuanto le favorece”, posicionando al concebido como sujeto de derecho privilegiado, titular de derechos primarios como: el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a los alimentos, los cuales le corresponden por el solo de ser persona, razón por la cual el concebido puede gozar del derecho de alimentos.

SEGUNDA: La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales, es decir, la ley confiere un conjunto de facultades a determinadas personas para que, teniendo como fin primordial el cuidado y educación de los menores.

TERCERA: Entendemos que la patria potestad es para y por el mejoramiento de la vida de los niños, niña y adolescentes, esta se preocupa de su bienestar y se asegura de que las personas a cargo de estos sean aptas para esta tarea.

CUARTA: El derecho de alimentos es de naturaleza extra patrimonial, ya que el fin de este derecho es la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida. Se le otorga este carácter extra patrimonial en virtud de las necesidades que busca satisfacer con su debida garantía, basada en un fundamento ético-social y en el hecho de que el alimentista no tiene ningún interés económico, ya que la prestación recibida no aumenta su patrimonio ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose como una de las manifestaciones del derecho a la vida, a la integridad, a la salud, al bienestar, todos de orden personal. Por ello, la atribución del derecho alimentario al concebido no está condicionada a su nacimiento con vida.

QUINTA: La protección que le otorga el artículo 856 del Código Civil al concebido, en cuanto a la partición de la masa hereditaria y al disfrute de la herencia en tanto la madre tenga necesidad de alimentos, no sería el único caso en que el concebido puede disfrutar del derecho alimentario antes de su nacimiento. También se encuentra contemplado el supuesto del hijo concebido extramatrimonialmente, en donde la madre tiene pruebas para acreditar quién sería el padre pese a que no existe filiación determinada con relación al concebido (hijo alimentista), y finalmente cuando el presunto padre lo ha reconocido en la vía judicial, pero decide desligarse de su obligación alimentaria.

VIII RECOMENDACIONES

PRIMERA: Recomiendo al Poder legislativo, debe regular la obligación recíproca de alimentos entre los convivientes de unión de hecho propio.

SEGUNDA: Sugiero al Estado Peruano se debe respetar los derechos fundamentales de los concubinos en la prestación de alimentos mutuo en su derecho a la igualdad ante la ley.

TERCERA: Recomiendo a los legisladores, se debe presentar proyecto de ley para una posterior reforma parcial en los artículos 326° y 474° del Código Civil y artículo 5° de la Constitución para tipificar la obligación recíproca de alimentos en unión de hecho propio.

CUARTA: Recomiendo a los administradores de justicia tener en cuenta el estado socioeconómico del alimentista, ya que, por lo general, un estudiante que no cuenta con el apoyo del obligado a prestar alimentos, tiene que estudiar y a la vez estudiar, por lo que se tendría que determinar el simple hecho de estar estudiando teniendo en cuenta solo las notas aprobatorias.

QUINTA: Sugiero a los jueces de familia, si bien el derecho a una pensión alimenticia por educación del hijo extra matrimonial no está previsto en el artículo 415 del CC., nuestra

Constitución Política en el tercer párrafo del artículo 6 prevé que "...todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Siendo que, en virtud de lo señalado en nuestra Norma Fundamental, todos los hijos tienen iguales derechos, por lo que también, los hijos no reconocidos ni declarados, tendrían derecho a una pensión alimenticia en el caso de encontrarse cursando estudios, no debería por lo tanto haber un trato discriminatorio cuando la Ley, los Tratados Internacionales y la Constitución, propugnan la igualdad y más aun tratándose de un derecho consustancial a la persona como lo son los alimentos.

IX RESUMEN

La patria potestad como conjunto de deberes y derechos adjudicados a los padres respecto de la persona y los bienes de sus hijos menores de edad, se vincula con el derecho de familia y con el derecho a la vida. La investigación monográfica que presentamos analiza los componentes de estas dos instituciones jurídicas utilizando técnicas como el subrayado y fichaje para acopiar información y luego analizar y sintetizar. Los resultados se presentan de manera secuencial desde los antecedentes históricos hasta el tratamiento jurídico en otras realidades sociales (derecho comparado), y se concluye que la patria potestad es para y por el mejoramiento de la vida de los niños, niña y adolescentes, esta se preocupa de su bienestar y se asegura de que las personas a cargo de estos sean aptas para esta tarea, asimismo el derecho de alimentos es la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida, a la integridad, a la salud, al bienestar, todos de orden personal.

X BIBLIOGRAFIA

- Albanese, S; Dalla, A; Gargarella, R; Hernandez, A y Sabsay, D. (2004). *Derecho constitucional*, Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Amato, M. (2007) *La pericia psicológica en violencia familiar*, Buenos Aires: La Rocca.
- Ara, I. (1990) *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.
- Arias (2002) *Exegesis del Código Civil Peruano 1984 Tercera Edición: Gaceta Jurídica*
- Azpiri, J. (2000) *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Azpiri, J. (2005) *Juicios de divorcio vincular y separación personal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Barrios, D. (2002) *Teoría del proceso*. Buenos Aires: Montevideo.
- Belluscio, Claudio A. (2007) *Alimentos debidos a los menores de edad*, García Alonso, Buenos Aires
- Bidart, G. (2004) *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart, G. (1991) *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.

- Bilbao, J. (1997) *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Brossert, Gustavo (2004) *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires
- Código Civil Perú (2009) *Libro III Derecho de Familia Patria Potestad*.
- Cornejo, H. (1999) *Derecho Familiar peruano*. 10ª edición Lima: Gaceta Jurídica
- Cornejo, H. 1985) *Derecho Familiar Peruano Tomo. 1*, Lima: Librería Studium S.A.
- Diaz, M y Sepulveda,L (2004) *Compañeros permanentes frente a los conyuges en cuanto a los derechos y obligaciones en materia alimentaria* . Medellín: Facultad de derecho y Ciencia Política. Universidad de Antioquia.
- Fernandez, G. (1990) *Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de Derecho en el Perú*. En: *Derecho*. Lima,. No.43-44, diciembre 1989-diciembre 1990. p.337
- Ledesma, M. (1995) *Ejecutorias con aplicación del nuevo Código Procesal Civil Tomo 2*.Lima: Editorial Cultural Cuzco.
- Lopez, J.(1981) *Derecho y Obligación Alimentaria*. Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Mallqui, M y Zumaeta, M. (2001) *Derecho de Familia Tomo II*. Lima: Editorial Grigley.
- Reyes, N (1999) *Derecho alimentario en el Perú*. En revista de Derecho N° 52 de la de la facultad de Derecho de la P.U.C.P. Perú.
- Yabar (2010). *En la tesis titulada: El Derecho Alimentario del hijo extramatrimonial mayor de 18 años en las demandas del juzgado de Paz Letrado Lima. Tesis para optar el título de abogado en la Universidad de Huánuco*.
- Zannoni, Eduardo (2006) *Libro II Derecho Civil. Derecho de Familia*.
- http://www.teleley.com/articulos/art_mori.pdf
- <https://es.scribd.com/doc/111435338/Patria-Potestad>

ANEXOS

PROPUESTA DE TRABAJO PARA DESFORMALIZAR LOS PROCESOS DE ALIMENTOS

La presente propuesta jurídica de Reyes (1999) se fundamenta en la teoría sobre el derecho alimentario en el Perú, parte de definir jurídicamente el concepto de alimentos para luego relacionarlo con los derechos fundamentales de la persona humana, tomando como fuentes los artículos del Código civil vinculantes con el problema estudiado, así como el código del Niño y del adolescente y otras normas de carácter supranacional como la Declaración de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño; De igual forma aborda los alimentos desde su naturaleza jurídica, tomando para ello aportes de importantes juristas en materia del derecho de familia y alimentos, tales como: Opertti; Quintin; Vaz Ferreyra, entre otros connotados investigadores del derecho en materia que hoy nos preocupa.

De igual forma el autor define los obligados a la prestación de alimentos a partir del orden familiar, mencionando las normas que aportan para su definición a la luz de ellas, así también el autor señala la obligación de asistencia recíproca entre los cónyuges desde el vínculo matrimonial y parental, considerando los casos de excepción alimentaria entre cónyuges y concubinos, así como de aquellos que por

alguna razón no mantienen la relación que dio origen a la convivencia , enfatizando la relación ascendiente y descendiente, y la pérdida de éste derecho .

Otro aspecto considerado como fundamento de la presente propuesta son las formas y modos de hacer cumplir la obligación alimentaria y los modos de hacer efectiva la pensión alimentaria en caso de ser sujeto de derecho a ésta, señalando para ello cifras estadísticas que hacen posible visualizar mejor la problemática para plantear la propuesta para este fin, teniendo en cuenta la prioridad del resultado en las acciones sobre alimentos la situación económica tanto de los reclamantes como de los demandados, sugerimos como propuesta de trabajo que los procesos de alimentos para menores (niños y adolescentes), cuya filiación se encuentra debidamente acreditada, puedan tener las siguientes características:

- Mantener la competencia territorial de los juzgados de paz o de paz letrado, a elección del reclamante.

- La demanda puede ser presentada por escrito o mediante acta, siendo optativa la intervención del abogado.

- Recibida y calificada la demanda, el juez debe adecuarla a derecho, y en la misma resolución se fijará la pensión provisional en base a la información racional proporcionada por la demandante. La pensión provisional no podrá ser inferior al sueldo mínimo legal, notificando al obligado para que señale bienes o garantice la pensión, bajo apercibimiento de embargo, señalando a la vez para la audiencia de esclarecimiento y conciliación en su caso, la que no se llevará a cabo sin pago total o parcial de la asignación provisional. En caso de incumplimiento, se expedirá copias para la denuncia por omisión alimentaria en la vía penal.

- La carga de la prueba en la audiencia estará a cargo del demandado, para que acredite su real capacidad económica, y su conducta procesal servirá para expedir el fallo, otorgándole el derecho de defensa y la garantía del debido proceso.

-En la audiencia el juez debe tener la amplia libertad para establecer de manera efectiva y real la pensión, pudiendo realizar convenios con empresas públicas y privadas para crear fuentes de trabajo.

-En el campo penal, establecer sanciones drásticas en caso de mala fe. Si fuese el caso, en la pena privativa de la libertad establecer la obligación de trabajo interno o externo para el cumplimiento de la pensión.

1.- Sanciones por incumplimiento del pago de la pensión alimenticia

Como hemos mencionado anteriormente, el problema central del incumplimiento de la obligación alimentaria radica en el hecho de que no se puede ejecutar el mandato judicial que dispone el pago de una pensión de alimentos, incumplimiento que en muchos casos es originado intencionalmente por el obligado.

A fin de evitar las omisiones de incumplimiento de obligación alimentaria de los obligados, y con el fin de proteger al niño o adolescente es que nuestro nuevo Código Penal ha establecido sanciones a fin de evitar dicha omisión, y de esa manera evitar que se siga eludiendo la obligación. Así lo establece en su artículo 149°, que señala: «El que omite cumplir con su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidos 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 tres años ni mayor de seis años en caso de muerte. Si resulta lesión grave o muerte y estas 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»

Sin embargo, estas sanciones impuestas por nuestro ordenamiento sustantivo no son lo suficientemente drásticas para evitar que este problema que atenta contra Los niños y adolescentes disminuya o se evite.

2.- Ejecutorias sobre la obligación alimentaria.

Sólo como muestra, presentamos algunas sumillas y transcripciones de ejecutorias sobre la forma como se considera los distintos aspectos tratados sobre la pensión alimentaria en el Perú.

EJECUTORIA 34-A (Serie de jurisprudencia N ro. 1: Academia de la Magistratura. Editorial Des a S.A.)

Divorcio absoluto:

Abandono injustificado del hogar conyugal, conducta deshonrosa. Procede amparar la pretensión de divorcio absoluto por abandono injustificado del hogar conyugal cuando éste se produjo con la intención manifiesta de sustraerse de las obligaciones conyugales.

Constituye conducta deshonrosa la realización de actos continuos y permanentes de parte de uno de los cónyuges que sobrepasen los límites del mutuo respeto y la consideración que debe existir entre ambos.

ALIMENTOS: Subsistencia de la obligación alimentaria a favor del cónyuge culpable.

El accionante queda liberado de la obligación alimenticia a favor de la demandada en vista de haber perdido ésta su derecho por ser la causante del divorcio y al no aducir que carece de medios de vida.