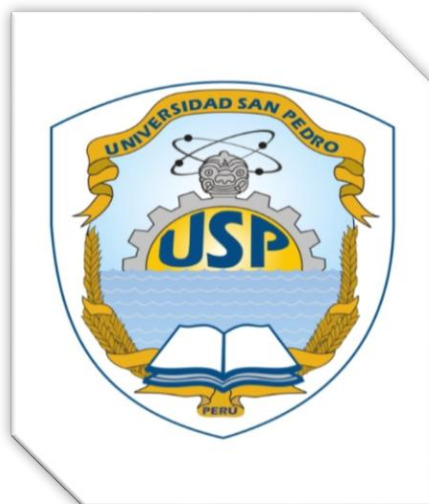


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO



Filiación Extramatrimonial

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor

Flores Velarde, Katherine Julia

Asesor

Amador Cruz Trejo

HUACHO – PERÚ

2018

Palabras Claves:

Tema	Filiación Extramatrimonial
Especialidad	Derecho de Familia

Keywords:

Text	Extramarital Filiation
Specialty	Family Right

Línea de Investigación: **Derecho**

DEDICATORIA:

El presente trabajo está dedicado a mis padres por el apoyo incondicional y la confianza brindada, y a mi hijo, por ser mi motivo de inspiración.

AGRADECIMIENTO:

Agradecimiento especial a Dios, por hacer realidad este sueño anhelado, a la Universidad San Pedro por haberme aceptado ser parte de ella y en ella lograr culminar mi carrera, agradezco

también al Asesor por la orientación en la presente monografía.

ÍNDICE

CARATULA	
PALABRAS CLAVES.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ÍNDICE.....	v
RESUMEN.....	1
DESCRIPCION DEL PROBLEMA.....	2
MARCO TEORICO.....	3
1. Antecedentes.....	3
2. Etimología.....	9
3. Filiación Extramatrimonial.....	9
3.1. Concepto.....	9
3.2. Clasificación.....	12
3.3. Emplazamiento.....	13
3.4. Sujetos del reconocimiento.....	16
3.5. Reconocimiento por los abuelos.....	19
3.6. Reconocimiento del hijo muerto.....	20
3.7. Formas de reconocimiento.....	22
3.8. Efectos del reconocimiento.....	25
3.9. Invalidez del reconocimiento.....	30
3.10. Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial.....	33
4. Legislación Nacional.....	48
5. Jurisprudencias y Plenos Jurisdiccionales.....	53
6. Derecho comparado.....	57
ANALISIS DEL PROBLEMA.....	62
CONCLUSIONES.....	63
RECOMENDACIONES.....	64

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	65
ANEXOS N° 01.....	67

RESUMEN

El presente trabajo nace de la figura de filiación, en la que hace una división entre filiación matrimonial y filiación extramatrimonial, por lo se debe de tener presente, que el tema que trataremos es sobre La filiación extramatrimonial, que se encuentra contemplada en el TUO del Código Civil peruano de 1984, en la que claramente establece en su artículo 386.- “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”, la Jurisprudencia señala sobre la presunción de paternidad en la filiación extramatrimonial admite solo dos medios probatorios: el reconocimiento y la declaración judicial, el reconocimiento para que tenga valor de prueba plena debe ser efectuada en forma solemne, a) en el registro público de nacimientos, b) en escritura pública en testamento (Casación N°867-98, Cuzco).

El reconocimiento del hijo extramatrimonial adoptada por nuestro Código Civil ha sido materia de profundas discusiones. Así, se cuestiona si convenía permitir al padre que se diese a conocer sin que la madre confirmase su reconocimiento, en este sentido, “se temía que cualquier persona se atribuyera la paternidad de un hijo, cuya madre jamás hubiera tenido relación alguna con él. ¿No era escandalosa la posibilidad de que los diferentes hombres que hubieran tenido relaciones al mismo tiempo con la madre reconociesen como suyo al hijo de esta?

Es importante mencionar que para la ley peruana todos los hijos tienen los mismos derechos y obligaciones sin importar las circunstancias de su nacimiento, es decir, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales e impugnación.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación de la filiación tiene como fin el esclarecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión. La idea clásica reside en la bondad intrínseca de la legitimación, por cualquier medio, dada las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio. Una vez que el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y que se decanta a favor de técnicas más avanzadas en la investigación de filiación, el interés del hijo parece localizarse en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando éxito de una acción, en este sentido, pueda modificar en profundidad una realidad de filiación y el contenido inherente a la misma. Siendo así, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres.

Sin embargo, si bien toda persona tiene derecho a indagar su filiación a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela jurisdiccional efectiva, el ejercicio de ese derecho debe realizarse dentro un marco de razonabilidad a fin de no violentar los derechos del presunto progenitor.

En la actualidad, para determinar que existe una filiación entre padre e hijo, es con un elemento químico denominado ácido desoxirribonucleico, más conocido como ADN, en el caso que padre fallece, siendo derecho en los niños y adolescentes la Identidad, debiendo de prevalecer el interés superior del niño; en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00227-2011-PA/TC Lambayeque lo que el colegiados establece en este caso específico es el nexo filial de paternidad entre la demandada y su padre fallecido y su derecho constitucional a la identidad.

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES

1.1. HISTORIA EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO:

En Grecia como en Roma, bajo la Ley de las XII Tablas, el hijo nacido fuera del matrimonio no era considerado como miembro familiar y carecían de todo derecho. En Roma, con el edicto *Unde Cognati*, poco a poco se fue delineado la distinción entre *liberi naturali*, hijos de una concubina, a los cuales se les reconoció el carácter de pariente del padre o madre, los *spurni*, hijos de mujer de baja condición o vida deshonesta y los *adulterini e incestuosi*, habidos de una unión prohibida, con estos dos últimos, se mantuvo un rigor primitivo, los cuales eran privados de todo derecho, incluso el de reclamar los alimentos.

En la Doctrina Jurídica Romana; estaba íntimamente ligada a la procedencia familiar y al igual que toda la estructura social, estaba permeada por la desigualdad que caracterizo este tipo de sociedad. La familia era la base de la sociedad romana, regulada por el control patriarcal, se destacan en ella conjunto de condiciones mediante las cuales debían regirse.

La Autoridad del Pater Familia: La Familia era la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manu de un jefe único, el régimen dominante estaba en la soberanía del padre o del abuelo paterno, era dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad y este arreglaba a su manera la composición de la misma, podía excluir a sus descendientes toda su vida ejercía los derechos de propiedad. Es importante observar que la organización familiar descansaba bajo el control masculino, por tanto, la primogenitura o filiación recaía sobre este, ya que la mujer no tenía más que una función biológica o doméstica.

El pater familiar era un magistrado doméstico, tomando decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene sobre ello poder de vida y de muerte, puede venderlos a un tercero y abandonarlos.

La Iglesia Católica ayudo a atenuar esta severidad, reconociendo el derecho a los alimentos de los hijos, cualquiera que fuere su origen.

En la Edad Mediana, se mejoró la situación, a pesar que se miraba con prevención a los hijos del pecado. Una gran reacción frente a esta injusticia fue la Revolución Francesa. Por otro lado no hay que olvidar que los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio pueda importar un desmedro para la familia normalmente constituida, que la ley debe defender, así como se observa en las diversas legislaciones modernas.

1.2. EVOLUCIÓN:

Desde los orígenes del hombre pasando por los estados fundamentales de la evolución humana (salvajismo, barbarie, civilización), primo un derecho materno. La descendencia de la mujer fue siempre identificable (clara, precisa), no así la del hombre.

La ley busco, sin mucho existo, dar una respuesta a este tema mediante el establecimiento de reglas en materia de filiación. Se plantearon, a lo largo del tiempo, sin número de teorías llamadas a esclarecer los nexos parentales, pero la indefinición siguió latente en cuanto al padre, había que buscarle el sustento real, practico y efectivo. Situación nada fácil. La maternidad es un hecho, la paternidad siempre fue una especulación. El compromiso natural de la mujer, la desaprensión personal del hombre fue, y son, factores que fijan la relación parental (El padre y el hijo son dos, la madre y el hijo son uno).

En el siglo XVI, la generación de la vida estuvo llena de interrogantes, la incertidumbre y perplejidad era lo que reinaba repercutiendo

en la definición del parentesco, por obvias razones. A principios de 1500, Leonardo Da Vinci trato en sus bocetos temas de anatomía femenina, masculina y realizo una de las primeras representaciones graficas del feto humano influenciado en el pensamiento científico renacentista. Es el hombre quien manda en la generación de la vida (tesis planteada por platón que atribuía la generación al macho. También los griegos cuando decía que hacer un hijo es como meter un pan dentro del horno).

En el siglo XVIII las tesis de los ovistas y espermistas eran insostenibles, habían cumplido su función de ilustración, de fines y etapas de la vida no pasaron y en el siglo XIX considerando que la progenie es una mezcla de las características de los padres, gracias a Dios, tuvo que dilucidar todo esto con el descubrimiento de la transmisibilidad de los caracteres de generación en generación y los inicios de la genética.

Lo cultural, lo biológico, debe amalgamarse con lo jurídico. Así, se producen cambios, no sé si para mejor, el hecho es que se producen. En Roma la filiación biológica era vista de otro modo, no porque no se diera importancia al dato biológico, sino porque se creía que, mediante los ritos de la adopción y la arrogación, se podía transmitir la sangre, también puede plantearse que el factor biológico fuera realmente irrelevante a este efecto, otro tanto podría decirse del paradigma medieval que se retroalimenta en el romano clásico.

Sin embargo, el nomen, tractus y fama resultan incompatibles, como restos del pasado. Su razón se debió a la falta de tecnología, cuando en realidad no las motivaba eso, sino la existencia de un paradigma predominantemente abiológico de la filiación.

No existen, además, las herramientas y medios para su averiguación. Lo biológico quedaba en un segundo plano, siendo interpretado por un sistema presuncional en el que se reconoce al matrimonio y

la procreación como elementos claves (lo que la iglesia llama amor unitivo). La procreación legalmente está garantizada, no así la fornicación.

Los hijos en el Código Civil de 1852:

✓ **Los hijos legítimos:** Son hijos legítimos los que nacen de matrimonio y aun diez meses después de disuelto, porque es el término a que ordinariamente se alarga la gestación.

✓ **Los hijos ilegítimos:** Los hijos ilegítimos quedaron divididos en dos clases: los naturales, aquellos cuyos padres no tuvieron impedimento de casarse al tiempo de la concepción y los espureos. Esta denominación corresponde al hijo adulterino, concebido por mujer casada.

✓ **La declaración de paternidad:** Como en Francia, la investigación de la paternidad estaba prohibida, salvo en el caso de rapto, al cual agrego el Código Civil peruano el estupro.

Los hijos en el Código Civil de 1936:

✓ **De la filiación legítima:** El artículo 299° del Código Civil, establece que “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido.

✓ **De la filiación ilegítima:** Procede la legitimación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, por el subsiguiente matrimonio de los padres, en cuyo caso opera de pleno derecho y por declaración jurada.

✓ **De la declaración judicial de paternidad:** El art. 366° del Código Civil señala las presunciones que permite declarar judicialmente la paternidad ilegítima: 1. Cuando exista escrito indubitado del padre en que la reconozca, 2. Cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre, justificada por actos directos este o de su familia, 3. En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito

coincida con la de la concepción, 4. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción, 5. En el caso de seducción de la madre, cumplida con abuso de autoridad o con promesa de matrimonio, en épocas contemporánea de la concepción, y siempre que para el segundo supuesto exista principio de prueba escrita.

1.2.1. EVOLUCIÓN EN EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL:

Originalmente, de acuerdo con el artículo 475 del Código Procesal Civil, una demanda de filiación extramatrimonial debía tramitarse como un proceso de conocimiento, una vía reservada para los procesos de gran complejidad, considerado así este por las dificultades probatorias que implicaba.

Y es que, en 1993, año en que se dictó el Código Procesal Civil vigente, no se tomaron en cuenta los últimos avances científicos, como los exámenes de ADN, para probar la filiación extramatrimonial. Ello sucedería recién en 1999, mediante la dación de la Ley 27048, cuya discusión se centró en el consenso científico en torno a la contundencia de la prueba de ADN.

Dada la irrefutable certeza que los resultados de dicha prueba pueden generarle a la judicatura sobre la paternidad demandada, sumada a la necesidad de cautelar el interés superior del niño, niña o adolescente, se hizo inútil seguir reservando para las demandas de filiación extramatrimonial la vía del conocimiento, cuyos plazos dilatados y altos costos, desincentivaban a las litigantes, ora de iniciar el proceso ora de culminarlo. De allí que se postulara la creación de un proceso especial para tramitar estas pretensiones.

Fue el 2005, a través de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, que se estableció el

denominado proceso especial de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Así pues, se estableció que la demanda debe ser presentada ante el juzgado de paz letrado, quien de inmediato expediría una resolución declarando la paternidad. El emplazado podría, en el plazo de 10 días, formular oposición a dicha resolución judicial, en caso de no hacerlo, se emitiría la declaración judicial firme de paternidad. La oposición obligaba a la realización de la prueba de ADN. Se disponía de tres días para apelar ante el juzgado especializado de familia.

Como se ve, este nuevo proceso acababa con las tachas a las pruebas, excepciones, contestación de demanda, con la negativa para no someterse a la prueba, apercibimientos, alegatos, informes orales, incluso no procedería la casación (al iniciar el proceso ante juez de paz y concluir ante el especializado).

Es preciso señalar que esta ley, con todas sus bondades, contenía ciertos aspectos problemáticos, tales como la restricción solo al reconocimiento de la paternidad, dejando de lado el de la maternidad o de la filiación. Además, exige que para la realización de la prueba científica se tomen muestras de la madre, padre e hijo, lo que impedía que proceda cuando faltaba uno de ellos. Por otro lado, el costo de la prueba de ADN debía ser sufragado por la parte demandante.

Posteriormente esta norma fue modificada, primero por la Ley 29715, luego por la 29821. Esta última, publicada en diciembre de 2011, trajo importantes novedades. Aclaró que a la pretensión de declaración de paternidad podía acumularse de manera accesoria, la de pensión alimentaria. El emplazado tendría ahora diez días no solo para oponerse a la declaración de filiación sino también para absolver el traslado de la pretensión de alimentos.

Instituyó, para los casos en que el demandado presente oposición, una audiencia única, en la que se tomarán las muestras para la prueba de

ADN y se conducirá la audiencia conforme con el artículo 555 de Código Procesal Civil (saneamiento del proceso, fijación de los puntos controvertidos, etc.).

2. ETIMOLOGÍA

El termino filiación del latín filius el cual quiere decir “hijos” sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que es determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.

En la Real Academia Española define la palabra filiación como “Procedencia de los hijos respeto a los padres” (Real Academia Española).

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Este tema está contemplado en el Título II, de la Sección Tercera, del Libro III del Código Civil, que consta de tres capítulos: Primero, “Reconocimiento de los Hijos Extramatrimoniales”, Segundo: “Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial”, y Tercero, “Hijos Alimentistas” (Art.386 al 417).

3. CONCEPTOS

3.1. LA FILIACIÓN:

En sentido genérico es aquella que une a una persona con todos ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos.

Carbbonnier lo señala que la filiación es el vínculo jurídico existente entre el padre o la madre y el hijo.

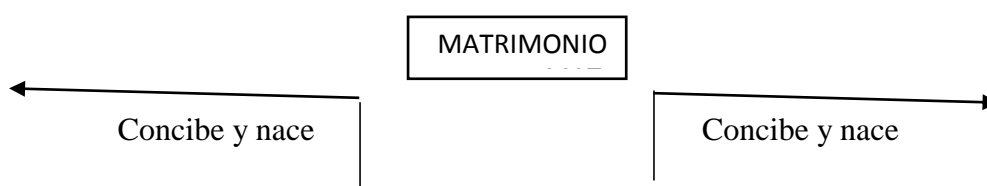
Hinostroza Minguez, Alberto (2010), refiere, que la denominación más apropiada es relación paterno – filial, porque desde la posición del hijo es correcto llamarlo filiación, pero desde la posición de los padres lo adecuado es paternidad y maternidad. En general la relación paterno filial es el vínculo que une a las personas descendientes bien una de otra o de un tronco común.

En la doctrina múltiples, encontramos un fin de conceptos, uno de ellos es dado por Gomez Piedrahita (Jurista Colombiano) que dice: “La Filiación es un estado jurídico que la ley le asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra”, “Se denomina filiación al vínculo natural que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre y la otro el hijo”, “Es un vínculo que une al hijo con su padre o madre”.

3.2. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Es cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica, el nacimiento, se producen fuera del matrimonio.

En calidad filial de hijo extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica, el nacimiento, se producen fuera del matrimonio. Esta es la regla permite determinar que hijos son extramatrimoniales y cuáles no.



“El grafico nos indica que los referidos hechos biológicos jurídicos, concepción y nacimiento, generados fuera del matrimonio van a determinar la naturaleza de la filiación, es decir extramatrimonial. Sucediendo lo contrario si los mismos se producen. Individual o conjuntamente y de acuerdo a los plazos de ley, dentro del matrimonio”.

El supuesto planteado en este artículo guarda relación con lo preceptuado en el artículo 361 en el sentido de que son hijos matrimoniales los nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución. De esta manera, si no existe un matrimonio que consolide los hechos jurídicos biológicos de la concepción y del nacimiento los hijos serán extramatrimoniales. Debe tenerse presente que el Código de 1984 avanzo en el contenido del artículo 348 del Código del 36 que establece: “Son hijos ilegítimos los nacidos fuera del matrimonio”. Dicha fórmula era inexacta y desfavorecía a la filiación matrimonial, refiere Cornejo Chávez Héctor (2010).

La doctrina ha distinguido la filiación legítima de la ilegítima, determinado para aquella un trato privilegiado y degradando a esta última. Sus antecedentes históricos los tenemos en el Derecho Romano Clásica donde se estimulaba la unión matrimonial dando fijeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de la unión matrimonial. La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituían delito la unión sexual de dos personas libre (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio). En los casos antes mencionados el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural: enfamado es de hecho aquel que non nace de casamiento derecho, dicho por Cornejo Chávez Héctor (2010).

El hijo extramatrimonial goza de hecho de status fili pero no del status familiae, es decir tendrá un nombre pero que no le adjudica

íntegramente sus relaciones familiares, salvo que este reconocido voluntariamente o judicialmente.

Cuando se trata de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, y a la falta de emplazamiento, la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna, sin que por establecer la una se induzca la existencia de la otra.

3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Los hijos extramatrimoniales fueron clasificados en dos grandes grupos:

- a) Los naturales o nacidos de padres que, si bien no estaban casados, no tenían impedimento alguno para casarse; y
- b) Injurias, procreados por quienes estaban impedidos de contraer matrimonio. A estos últimos se solía subdividirlos en fomezinos, sacrílegos y mánceres.

Se les llamaba fomezinos a los hijos adulterinos, porque se le conocen como hijos del marido sin serlo (lo cual solo se podía referir al hijo tenido por mujer casada de varón distinto de su marido, mas no al procreador por varón casado en mujer soltera) y los incestuosos o engendrados por personas cercanamente emparentadas entre sí.

Sacrílegos eran los hijos procreados por personas atadas por votos religiosos.

Estas clasificaciones y denominaciones han desaparecido actualmente del derecho moderno.

3.4. EMPLAZAMIENTO DEL ESTADO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Existen dos maneras de lograr el emplazamiento de la paternidad o de la maternidad: el reconocimiento voluntario y la investigación judicial de la paternidad o de la maternidad, la investigación de la paternidad solo se admite cuando se da alguno de los casos del artículo 366°, a saber escrito e indubitado del padre, posesión constante de estado, delito sexual y concubinato, hechos estos que deben ser probados por el demandante con los pertinentes medios ordinarios que señala el art. 192 del código procesal civil. El reconocimiento de la maternidad se admite siempre que se pueda acreditar el hecho del nacimiento y la identidad del hijo, extremos que también se admite siempre que se pueda acreditar el hecho del nacimiento y la identidad del hijo. El instrumento en que consta el reconocimiento voluntario y la sentencia judicial son medios de prueba de filiación, tanto paterna como materna, frente a terceros, no obviamente dentro del juicio investigador.

3.4.1. FORMAS DE EMPLAZAMIENTO

3.4.1.1. Reconocimiento Voluntario:

Reconocimiento es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto del otra.

Es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extrapatrimoniales respecto de otra refiere Cornejo Chávez Héctor (2010). Se trata de un acto que encierra una confesión de la paternidad o la maternidad o por el cual se establece una filiación, es la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo y ocupar respecto de él, la posición jurídica de padre natural.

Al respecto Cornejo Chávez Héctor (2010), refiere en cuanto la controversia anotada no es baladí, por cuanto “si se la resuelve en el sentido de que el reconocimiento es constitutivo, el hijo no puede hacerlo valer retroactivamente, de modo que los derecho y obligaciones que de aquel se derivan operan solo ex nun. Si, por el contrario, se decide la cuestión en el sentido de que el reconocimiento es declarativo, opera retroactivamente”.

Características del reconocimiento: El reconocimiento como acto se caracteriza en lo siguiente:

- a) **Unilateral;** en la medida en que requiere para su perfeccionamiento solo una declaración de voluntad, ya sea la del padre o de la madre, siendo necesario el asentimiento del hijo reconocido. Así lo dispone el artículo 388 del C.C. en el cual establece que el reconocimiento puede ser practicado por el padre o la madre de manera indistinta.
- b) **Formal;** en tanto debe dejarse constancia su realización. Al respecto, nuestro Código establece en su artículo 390 que el reconocimiento puede hacerse constar en el registro de nacimiento, en escritura pública o en testamento.
- c) **Facultativo y voluntario;** por cuanto nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de otra persona. Asimismo, se trata de un acto voluntario, en la medida que se encuentra prohibido que el padre que reconoce a un hijo mencione el nombre del otro o de cualquier dato que permita identificar a este.
- d) **Personal;** en la medida de que nadie, ni siquiera el representante legal del menor o del incapaz, puede, por regla general, afirmar un lazo de filiación del cual no es autor. Este precepto obedece al carácter íntimo del acto procreador, así, como al respeto por el principio de voluntariedad referido por Cornejo Chávez Héctor (2010).

- e) **Individual**; puesto que solo liga a quien reconoce al hijo reconocido, mas no arrastra ni envuelve al otro padre.
- f) **Puro y simple**; en tanto no puede estar sujeto a plazo, condición ni cargo, ni a ninguna otra modalidad.
- g) **Irrevocable**; dada su calidad de confesión, a lo que abunda una razón moral y de seguridad jurídica que hace preciso dotar de estabilidad jurídica al estado de las personas (Peralta Andia Javier). Es preciso mencionar que existe controversia respecto del carácter irrevocable del reconocimiento que se practica por la vía testamentaria, en la medida que el testamento constituye un acto eminentemente revocable.

3.4.1.2. La Sentencia Declaratoria Del Vínculo Paterno Filial:

La filiación extramatrimonial resulta pacifico cuando alguno de los padres practica el reconocimiento, “más se presenta un problema de ardua solución cuando el padre o la madre de un hijo extramatrimonial se resiste a reconocerlo, porque desconfía de la verdad del vínculo o por mala fe. Se trata entonces de saber si es posible que el hijo concurra al poder público para que, practicada la investigación pertinente, declare, sin la voluntad o contra la voluntad de dichos padres o madre, la relación de filiación” (Cornejo Chávez Héctor 2010).

En efecto, “la declaración judicial de filiación extramatrimonial es un medio de establecerla en defecto del reconocimiento (voluntario), por virtud de una sentencia en la que se declare, en los casos expresamente señalado por ley, que una persona es padre o madre de un determinado hijo” (Peralta Andia Javier).

En la actualidad el inconveniente que sustenta este argumento ha sido salvado por el avance de la ciencia (la prueba del ADN, por ejemplo), la cual otorga mayor certeza en la investigación del vínculo paterno filial. Es

sobre esta base que Arias Schreiber (2012) propone como reforma este artículo, añadir el estudio de cualquier prueba genérica que tenga el mismo grado de certeza que la del ADN.

3.5. SUJETOS DEL RECONOCIMIENTO

- **Sujeto Activo:** Son los padres quienes practican el reconocimiento, la ley prohíbe inclusive mencionar el nombre del co-progenitor a menos que este lo hubiese reconocido con anterioridad o en el mismo acto.
- **Sujeto Pasivo:** Constituido por hijo extramatrimonial. Para ser válido el acto se requiere:
 - a) Que el hijo que haya podido ser naturalmente concebido por quien se pretende ser padre.
 - b) Que no haya compatibilidad entre el estado que surge del reconocimiento y el que goza legalmente el supuesto hijo.

El reconocimiento de la filiación materna se acredita con el parto y con el nacimiento y no se presentan muchos problemas jurídicos.

El reconocimiento del padre, si es contradicho por la madre, no producirá ningún efecto. No obstante, se consideró también peligrosa en sí misma la facultad dejada a la mujer de destruir perentoriamente el reconocimiento del padre y se decidió que cada uno de los padres pudiese reconocer libremente al hijo a pesar del silencio y oposición del otro. Sobre la base de estas consideraciones, la nueva fórmula sería: “el reconocimiento de un hijo natural solo producirá efectos respecto a la persona que lo haya hecho”.

El reconocimiento, entonces, puede ser practicado por cualquiera de los padres de manera indistinta, estableciéndose que los efectos de este

acto solo vinculan a la persona que lo hubiera efectuado. Se trata de un acto eminentemente unilateral.

Es preciso distinguir entre el reconocimiento conjunto, cuando concurren en un mismo acto las voluntades de los progenitores; del reconocimiento unilateral cuando lo efectúa solo uno de ellos. En este último supuesto no se destruyó el carácter unilateral del reconocimiento, habida cuenta que se trata de una manifestación concurrente de dos voluntades coincidentes.

Al respecto, es preciso distinguir entre el reconocimiento conjunto, cuando concurren en un mismo acto las voluntades de los progenitores, del reconocimiento unilateral cuando lo efectúa solo uno de ellos. En este último supuesto, el progenitor que practica el conocimiento está sujeto a la limitación de que no podrá revelar el nombre de la persona con quien se hubiera tenido el hijo, lo que ciertamente no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido (PERALTA ANDIA).

En adición a lo expuesto, con la finalidad de garantizar que el reconocimiento solo produjera efectos respecto de la persona que lo practicaba, se estableció la obligación de quien efectúa el reconocimiento, de mantener en reserva la identidad del otro progenitor.

Así, “el reconocimiento por separado ha de respetar el derecho a la intimidad del otro conyugue. Por eso no se puede revelar en la su identidad ni, creemos, ninguna circunstancia por la que puede ser conocido, salvo que antes del reconocimiento este legalmente determinada.

El reconocimiento unilateral puede serlo en sentido estricto porque reconoce uno solo de los padres o unilateral doble porque cada uno de ellos reconocen en acto separado e independiente de manera que los dos reconocimientos sucesivos proporcionan al hijo dos vías de determinación de la filiación no matrimonial” (Diez Picazo Luis y Guillon, p.262).

Principios del reconocimiento:

- a) **Unilateral;** en la medida en que requiere para su perfeccionamiento solo una declaración de voluntad, ya sea la del padre o de la madre. Así lo dispone el artículo 388 del C.C, el cual establece que el reconocimiento puede ser practicado por el padre o la madre de manera indistinta. En efecto, se trata de “un acto del padre o de la madre, ya que la filiación respecto de esta no produce ningún efecto en relación a la filiación paterna. El parto no presume la identidad del autor de la concepción” (Bonilla Pereira Ximena y Guerrero M. Gilma). Ello obedece a que por tratarse de actos relativos al estado civil de las personas y a la familia, las normas que rigen esta materia son de orden público, inmodificables por las partes. En este sentido, el reconocimiento produce plena prueba respecto de los terceros y, por ende, surte efectos erga omnes y no solo frente al padre y la madre.
- b) **Facultativo y voluntario;** por cuanto nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de otra persona. Asimismo, se trata de un acto voluntario, en la medida en que se encuentra prohibido que el padre que reconoce a un hijo mencione el nombre del otro o de cualquier dato que permita identificar a este.
- c) **Personal;** en la medida de que nadie, ni siquiera el representante legal del menor o del incapaz, puede, por regla general, afirmar un lazo de filiación del cual no es autor. Este precepto obedece al carácter íntimo del acto procreador, así como al respeto por el principio de voluntariedad referido (Cornejo Chávez Hector). En efecto, “la confesión no compete sino a su autor; no se confiesa por otro. El reconocimiento

porque es una confesión, es individual” (Mazeaud, Citado Por Santamaria).

3.6. RECONOCIMIENTO PRACTICADO POR LOS ABUELOS

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte padre o de la madre o cuando estos se hallen comprendidos en los artículos 43° incisos 2 y 3, 44° incisos 2 y 3, o en el artículo 47° o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.

A sabiendas que, siendo el reconocimiento un acto jurídico unilateral, aquel no tiene el carácter personalísimo desde que autoriza a los abuelos o abuelas de las respectivas líneas las posibilidades de realizarlo en los supuestos expresamente señalados en la presente disposición.

En este sentido, nuestra legislación se aparta de los sistemas jurídicos que, en idénticos casos, exigen la aprobación judicial del acto que los abuelos o abuelas realicen.

Por la consideración al interés superior del niño y atendiendo a la disyunción contenida en la norma, debe concluirse que uno solo de los abuelos de una misma línea podrá practicar válidamente el reconocimiento a favor del nieto. Si el otro ascendiente discrepara de ese criterio y por tener legítimo interés, deberá efectuar la acción de impugnación del reconocimiento a que se refiere el artículo 399 del Código Civil.

Debe tenerse presente que, para realizar el reconocimiento, los abuelos o abuelas de las respectivas líneas no requieren haber sido nombrados tutores o discernir aquel cargo. Basta que acrediten su estado de

tales para estar autorizados a practicarlo bajo cualquiera de las formas prescritas en la ley.

Existe una incongruencia con el último párrafo del artículo 244 del Código Civil. Este dispone, para el matrimonio de menores de edad, que “los hijos extramatrimoniales solo requieren el asentamiento del padre o en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquel los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna”. La incongruencia consiste en que pudiendo los abuelos de la respectiva línea realizar el reconocimiento en los casos en los casos a que se refiere el artículo 389, no podrán asentir el matrimonio del nieto reconocido por ellos conforme a ley, por cuanto, para tal propósito, se requiere que el padre lo haya reconocido voluntariamente y previamente. El principio del que puede lo más, puede lo menos, no se observa en el presente caso. Por los demás y para el supuesto del asentamiento matrimonial, se trata de una disposición que coloca en una situación de desventaja a quien es hijo extramatrimonial respecto de que los hijos extramatrimoniales y adoptivos, a que se refieren los primeros párrafos del citado artículo 244 del Código Civil.

Según Messineo, “... el reconocimiento (del hijo extramatrimonial es impugnabile, por defecto de veracidad (por ejemplo, por inexistencia del hecho del nacimiento o de la concepción), o base de la excepción plurian concubebentium, por cualquiera que tenga interés en ello (...), o por violencia sufrida por el autor del reconocimiento (...); y, finalmente, por incapacidad (de quien reconoce) consiguiente a interdicción judicial...”.

3.7. RECONOCIMIENTO DEL HIJO MUERTO

El reconocimiento voluntario de una persona fallecida ha sido siempre visto con cautela y reserva por cuanto se consideraba que su

principal motivo era heredar al difunto, ocultándose intereses sórdidos que lo constituye una perspectiva anti funcional del reconocimiento.

La doctrina comparada, no es unánime en cuanto a esta forma especial de reconocimiento. Hay partidarios que sustentaban la validez del reconocimiento del hijo fallecido sin dejar descendientes, otro sector alega que este tipo de reconocimiento solo puede realizarse cuando existan descendientes, algunos otros autores siguen una posición ecléctica, en el sentido de que la validez de este reconocimiento dependerá de cada caso, así se rechazara cuando el padre pretenda beneficiarse de herencia pero se admitirá cuando el reconocimiento se haga para homenajear a la memoria de un hijo difunto y dar satisfacción a la propia conciencia del reconocedor.

Nuestro código asume la segunda posición, la idea del reconocimiento es que favorezca a alguien, en este caso beneficie a los herederos del difunto reconocido. Téngase presente que los descendientes no tienen por qué consentir, no hay exigencia al respecto.

3.8. CAPACIDAD PARA RECONOCER

Como acto jurídico familiar declarativo de un estado de familia de orden filial, el reconocimiento debe ser realizado por una persona que tenga aptitud legal a efectos de generar eficacia. El reconocedor debe ser capaz de realizar el acto, estar legitimado por el derecho para formalizar su voluntad. Dada su importancia, sus efectos y tomando en consideración que el reconocimiento es un acto de ciencia la doctrina ha considerado requisitos típicos para adjudicar una capacidad especial con el fin de poder realizar un reconocimiento.

La doctrina clásica se argumentaba que la capacidad exigida para cumplir ciertos actos jurídicos no era necesaria para reconocer válidamente

a un hijo ya que cada cual es capaz de hacer válidamente una confesión, de allí que solo basta con que comprenda su trascendencia.

La doctrina moderna, establece para reconocer solo son precisas dos cosas: Pubertad (puede reconocer quien pueda procrear) y discernimiento (facultad de entendimiento).

El código peruano opta por un sistema temporal, sustentados en el tiempo, en el cual la edad determina la capacidad del reconocedor. Tener 14 años de edad representa la capacidad para realizar un reconocimiento. El fundamento para fijar la edad de 14 años obedece al criterio de que es a partir de la misma que se tiene la pubertad y además que se alcanza un mayor grado de discernimiento.

3.9. FORMAS DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento es un acto formal, expreso, inequívoco y solemne. Ello se debe a que la importancia y trascendencia del mismo debe constar en un documento veraz, fehaciente y por demás seguro, que no ofrezca duda acerca de su contenido. Por esta razón se han escogido tres tipos para su formulación: ante el registro de nacimientos, la escritura pública y el testamento, fuera de las cuales no es posible entre nosotros practicar un reconocimiento valido dicho por Cornejo Chávez Héctor (2010).

Según el art.390 del C.C, esta es la forma que se puede utilizar para realizar un reconocimiento:

a) Inscripción en el registro de nacimiento:

El reconocimiento realizado con el apersonamiento del padre al Registro de nacimiento es el más usual y frecuente. Sin dudarlo, es también

el más práctico, económico y eficaz en cuanto a que sus efectos son inmediatos.

Sobre este punto debe tenerse presente que si el reconocimiento no se realiza a través de alguna de estas formas indicadas por la ley queda sometido a la probanza respectiva (*ad probationem*) no hay sanción de nulidad de acuerdo al artículo 144°. De allí que, como acto jurídico familiar, con sus correspondientes características, debe distinguirse entre aquel reconocimiento constitutivo de emplazamiento (que otorga un título de estado: partida de nacimiento inscrita en el Registro en el estado civil) de aquel presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento (que solo es un medio de prueba que permite requerir al funcionario del Registro estado civil o, judicialmente en su caso, la constitución de un título de estado : escritura pública y testamento).

En este sentido el reconocimiento realizado ante el registro de estado civil es constitutivo de emplazamiento.

En la práctica, contrariándose las normas legales se requiere que el reconocimiento sea simultáneo, es decir que lo realicen ambos padres al mismo tiempo, a efectos de impedir que el progenitor que no interviene en el reconocimiento pueda impugnar el acto. A pesar de ello el artículo 388 permite el reconocimiento unilateral o por separado, cuando se realiza por uno solo de los padres.

Los otros tipos de reconocimiento solo generan un presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento.

b) Escritura Pública:

Representa el documento público por antonomasia que otorga el notario y como tal es un medio típico para establecer el vínculo filial. Es de

tenerse en cuenta que los reconocimientos realizados por ante notario permiten los denominados reconocimientos secretos, así como los reconocimientos por complacencia o también denominados reconocimientos voluntarios inexactos o mendaces, dentro de los cuales el caso más singular en que es utilizado es el de reconocer a hijo ajeno.

c) Testamento:

El testamento más que un acto de disposición patrimonial es un acto jurídico, de allí que su contenido puede ser referido a disposición de bienes, la ordenación de la sucesión e incluso disposiciones de contenido extrapatrimonial, dentro del cual encontramos al reconocimiento.

En primer lugar, debemos respondernos la siguiente pregunta ¿Qué tipo de testamento es el requerido para reconocer? Si tomamos como base a los principios de promoción de la paternidad y de prioridad de la voluntad del reconocedor debe entenderse que es cualquier|r testamento (ordinario o especial), pero que debe protocolizarse a fin de otorgarle el carácter de documentos públicos empezando, desde allí, a surtir efectos.

Por su naturaleza típica los efectos del testamento quedan diferidos al momento de la muerte del otorgante, es decir las clausulas tienen eficacia post mortem. Sin embargo, en base al principio del interés del reconocido, de la trascendencia del acto y del derecho a la identidad se admite la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario, es decir desde su faccionamiento. Tratándose de un reconocimiento testamentario por escritura pública queda consumado con el otorgamiento de la disposición de última voluntad. No se mantiene en supuesto hasta la muerte del testador, pues ello significaría someterlo a un plazo incierto, lo que es contrario al artículo 395. Un tema operativo y practico es que de darse un reconocimiento en testamento el notario debería comunicarlo al interesado a

fin de que surta efectos. El problema se da con el testamento ológrafo o cerrado, ya que recién se conocerá de su contenido al fallecimiento del testador por lo que, en este caso, el reconocimiento surtirá efectos en dicho momento (Mendez Costa María).

Para el caso del reconocimiento del hijo concebido las únicas formas utilizadas pueden ser la escritura pública o el testamento, dado que al no haberse producido el nacimiento resultaría imposible inscribirlo en el Registro del estado civil y expedírsele un acta de nacimiento. Sobre el tema la Ley 26649 (26/6/1996) referida a la asistencia médica de los hijos de los asegurados obligatorios y facultativos del régimen de prestaciones de salud del seguro social indica que tiene derecho a las prestaciones asistenciales “los hijos asegurados obligatorios o facultativos, menores de 18 años de edad, que no sean asegurados. El alcance de esta norma cubre la atención desde la etapa de la concepción. El hijo concebido extramatrimonial debe ser reconocido por el asegurado mediante la formalidad establecida por ley, o en su defecto, declarada judicialmente la paternidad. La atención de los concebidos se materializa en la gestante no asegurada, la que solo tendrá derecho a las prestaciones asistenciales por maternidad, entre ellos el control del embarazo o parto”.

3.10. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

Tres principios rigen universalmente los efectos del reconocimiento voluntario:

- a) El de que, una vez practicado y sin perjuicio de la acción validaría, el reconocimiento es irrevocable.
- b) El de que dicho acto jurídico no admite modalidad alguna – plazo, condición o cargo, por lo cual no es posible recortar los efectos que la ley le atribuye.

c) El que tales efectos surten respecto del padre o madre reconociente o arrastran al que no ha efectuado reconocimiento.

- A. Efecto Sustancial de Reconocimiento.** - El efecto sustancial del reconocimiento es atribuir a una persona el estado del hijo extramatrimonial. Y, es por consecuencia, todos los derechos y obligaciones que surgen de ese estado.
- B. Eficacia Erga Omnes.** - El reconocimiento tiene eficacia erga omnes, un estado civil que tiene validez y vigencia para todos: reconocedor, reconocido y terceros. Es verdad que este estado puede ser impugnado y destruido judicialmente, pero, en tanto ello ocurra, el reconocimiento produce plenos efectos.
- C. Desde que momento produce efecto.** - ¿El reconocimiento tiene efecto retroactivo al día de la concepción o, por el contrario, solo tiene a partir del día en que se hizo? Esta cuestión se vincula, desde luego, con el carácter declarativo o constitutivo del reconocimiento. Los que sostienen que este acto crea o constituye un estado son lógicos en afirmar que solo produce efectos a partir del instante en que se llevó a cabo. En cambio, quienes pensamos que el reconocimiento es declarativo, debemos admitir que tiene plenos efectos a partir del momento mismo de la concepción. Esta es, sin duda, la solución que mejor se ajusta a la idea sustancial de la institución. Si se acepta que una persona es hija de otra, habrá que admitir que siempre lo ha sido. Sostener que no lo fue hasta el instante arbitrariamente elegido por el padre y que si lo fue después es contrario a la naturaleza de las cosas. Y, además, conduce a soluciones injustas, como que el hijo reconocido no podría recoger una herencia deferida antes del reconocimiento. No es extraño, pues, que la doctrina, salvo contadas excepciones, se incline por la retroactividad.

- D. En Cuento a la Patria Potestad.** - Nos refiere que la patria potestad es el derecho y el deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

Ya se ha dicho, la patria potestad viene conferida por la naturaleza y por la ley a los padres, no siempre es posible que ambos la ejerzan, pues ello depende de diversas circunstancias y señaladamente de la calidad de la filiación.

Habrà que distinguir, desde luego, entre la situación del hijo matrimonial y extramatrimonial, y aun, en uno y en otro, varios supuestos.

Tratándose del hijo matrimonial, cuyo padre se hallan en convivencia normal, estos ejercen, conjunta y simultáneamente, la potestad, en la primera edad decía Toribio Pacheco, cuando el hijo se halla en estado de extrema debilidad, la patria potestad incumbe particularmente a la madre, porque la naturaleza ha dotado a la mujer particularmente de cualidades especiales para dirigir la educación física e intelectual de los niños.

Con referencia al hijo extramatrimonial reconocido o declarado, este tiene en principio un derecho a alimentos frente a sus padres, desde que, como se ha visto, el derecho del hijo en general se origina en la consanguinidad y todos los demás factores jurídicos.

El reconocido voluntariamente por la madre, o cuya madre ha sido declarada judicialmente, en tanto que el padre ni lo ha reconocido ni ha sido judicialmente declarado tal, pero se le tiene como padre para los efectos puramente alimentarios.

- E. En cuanto a la Herencia.** – Según las normas de nuestro código civil Art. 818 “Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de estos, y a los hijos adoptivos”.

Las normas del código pueden reducirse a los términos siguientes:

- a) El hijo reconocido por el padre y/o la madre es su heredero forzoso y legal, en su caso, toma o comparte su representación en la sucesión de los ascendientes y hermanos de aquel o aquella.
- b) Tratándose de la sucesión de los parientes de la línea correspondiente tiene, así, misma vocación hereditaria como heredero legal.
- c) Cuando el hijo reconocido concurre a la herencia del padre y/o de la madre con otros hijos extramatrimoniales o matrimoniales todos reciben una cuota igual.
- d) Cuando se trata de representación, el hijo reconocido hereda una cuota a la del hijo matrimonial.
- e) Los padres extramatrimoniales heredan el hijo reconocido, pero si el reconocimiento se produjo cuando este era mayor de edad, tal derecho solo funciona si el hijo consistió en el reconocimiento o tuvo la posesión constante de estado.
- f) Esta disposición tiene el obvio de evitar el reconocimiento tardío interesado.
- g) Los parientes de ambas líneas heredan, en sus casos, al hijo reconocido. A de entenderse, aunque la ley no lo diga expresamente, que este derecho no funciona cuando el reconocimiento del hijo mayor de edad se produjo sin consentimiento de este y sin que gozara previamente de la posesión constante de estado.
- h) Debe suponerse, asimismo, que los padres, en este último supuesto tampoco heredan a los descendientes del hijo.

El reconocimiento produce, además, según se ha dicho, efectos secundarios en cuanto al apellido del hijo, el consentimiento para su matrimonio si lo contrae siendo menor de edad, la tutela, la curatela y la formación del consejo de familia.

- F. Acerca del apellido.** - El artículo 21 preceptúa que el hijo extramatrimonial le corresponde los apellidos. los dos del progenitor que lo haya reconocido y que, si es reconocido por ambos, lleva el primer apellido de uno y otro.
- G. En cuanto para el Consentimiento del Matrimonio del Menor.** – El consentimiento que nos ocupa se considere como un atributo de la patria potestad o como una función protectora independiente, la situación del hijo extramatrimonial es especial. En el primer supuesto, porque la patria potestad no siempre esa conferida a ambos padres, y en el segundo, porque no siempre los padres pueden ser dignos de asumir la función amparadora.
- H. En cuanto a la Tutela.** - La tutela es una institución que tiene por finalidad la protección de los menores de edad que, por desaparición e incapacidad de los progenitores, no pueden ejercer sus deberes y derechos respecto a ellos.
- La tutela puede ser legítima o instituida por la ley, por testamento o por escritura pública o por oficio en forma provisional.
- Con respecto al Art.507: “La tutela de que trata el art.506 no tiene lugar respecto de los hijos extramatrimoniales sino la confirma el juez.
- I. Respecto a la Curatela.** - Es una institución de protección a los mayores de edad que no están en condiciones para dirigir su persona y conservar sus bienes.
- Siguiendo nuestro actual código:
1. Para los incapaces mayores de edad,
 2. Para la administración de bienes, y
 3. Para asuntos determinados.
- J. Con relación al Consejo de Familia.** - Es un órgano superior que se encarga del cuidado y el control de los intereses de la persona incapacitada y también de los menores de edad. Está integrado por los parientes consanguíneos y demás miembros de la familia del menor del

incapaz. El juez de menor o de paz, puede decretar la información del consejo de oficio o a solicitud de cualquier persona.

Con respecto al art.630: “No habrá consejo de familia para un hijo extramatrimonial, cuando el padre o la madre lo hayan prohibido en su testamento o por escritura pública. En este caso, el juez de menor o de paz, según corresponda, asumirá las funciones del consejo, oyendo a los miembros que hubiera.

3.11. INVALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO

La invalidez del reconocimiento se puede producir, en tesis general, por dos vías: la renovación y la impugnación:

3.11.1. LA RENOVACIÓN

Se diferencia de la impugnación por su carácter consiste en una declaración por la que el mismo reconociente deja sin efecto el reconocimiento que practico, fundándose llanamente en que la relación paterno filial material de ese acto es falso o, más simplemente, sin expresar la razón en que se funda su cambio de voluntad. Esta figura supone que el reconocimiento no produce prueba acerca de la falsedad de la relación paterno-filial, en el caso de que la alegue, pues no abre debate no se sigue procedimiento judicial alguno para invalidar el reconocimiento.

Por regla general, el derecho no admite la renovación y consagra, por el contrario, la irrevocabilidad del reconocimiento, pero no faltan quienes piensan, como ya se ha dicho, que ese principio de irrevocabilidad no rige cuando se trata del reconocimiento testamento, ni siquiera sostienen que el reconocimiento debe tener siempre la posibilidad de dejar sin efecto el acto

cuando entrañe una falsedad, pues esta no debe jamás prevalecer aunque se funde en una confesión de parte interesada.

La ley peruana sigue el criterio de que el reconocimiento es irrevocable (Art.395).

3.11.2. LA IMPUGNACIÓN

3.11.2.1. Nociones Generales

El reconocimiento, lo hemos dicho ya, tiene una eficacia provisoria. Es cierto que vale que la declaración paterna no pueda ser tomada como palabra de dios. Es posible que haya falseado la verdad, que haya errado, que su manifestación sea el fruto de la ilusión de un demente o haya sido obtenida por violencia. Por tanto, es impugnable.

3.11.2.2. Distintos casos de impugnación

El reconocimiento puede ser impugnado en los siguientes casos:

- a) Si falta capacidad legal en el autor. Así, por ejemplo, si fuera hecho por un varón menor de 14 años, por un demente, o por un sordomudo que no sabe darse a entender por escrito.
- b) Si hay un defecto sustancial de forma, tal como si no hubiera sido hecho por escrito o faltara la firma del reconocedor, etc.
- c) Si hay incompatibilidad entre el estado de hijo que se le reconoce y el que gozaba hasta ese momento, como ocurriría si el reconocimiento es el hijo, matrimonial de otras personas o si estuviera ya reconocido como hijo extramatrimonial por otra persona del mismo sexo, etc.

- d) Si se prueba que no es exacta la pretendida relación de filiación que surge del reconocimiento.
- e) Si el reconocimiento ha sido logrado por violencia.
- f) Si hay impedimento derivado de la falta de diferencia de edades.

El reconocimiento debe invalidarse simplemente porque no es verdad que el reconocido sea hijo. Esos es lo realmente decisivo y no el error o el dolo. Por eso, esta acción está abierta a todos: reconocedor, reconocido y demás interesados.

3.11.2.3. Quienes pueden impugnar el reconocimiento

El código nacional consigna al respecto una formula según la cual el reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que ha intervenido en él, por el propio hijo, o sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo sin perjuicio de la irrevocabilidad que establece el Art. 395 (Art.339), formula que prácticamente cubre la totalidad de los casos detallados en el acápite anterior, excepto el del propio padre reconociente, el de la mujer que cuidó la lactancia de un niño y de la autoridad pública.

3.11.2.4. Plazo para impugnar el reconocimiento

El padre y la madre tiene una vez producido el reconocimiento, elijo se supone que ha mejorado de condición y también se supone por eso mismo que cualquier impugnación del reconocimiento habrá de perjudicarlo. De aquí que la ley haya señalado el perentorio plazo de noventa días partir del día en que se tuvo conocimiento del acto, para que cualquier interesado impugne el reconocimiento (Art.400), término que se amplía cuando el

impugnante es el propio hijo reconocido, el cual, si es menor, puede proponer la acción dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.

Se explica esta ampliación del plazo, porque nadie más interesado que el propio hijo en el acto de su reconocimiento, de modo que si es el mismo que lo pugna afrontando los perjuicios que eventualmente pudiera acarrearle esa impugnación, la ley no puede prohibírsele, pues a nadie se le puede imponer que acepte como padre o madre quien no lo es.

En todo caso, el termino es de caducidad y no de prescripción, por lo que no admite interrupción ni suspensión.

Quien quiera que fuera el impugnante, debe entenderse que está obligado a acreditar en juicio la razones o causales de su impugnación, las cuales, como ya se dijo pueden referirse a la falsedad de la relación paterno filial, a los elementos esenciales del acto jurídico o a los vicios de consentimiento.

DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

3.12. GENERALIDADES

Desde la antigüedad se ha venido hablando de la investigación de la paternidad y/o maternidad o de un reconocimiento forzoso, para significar la posibilidad dentro de ciertos límites de recurrir al órgano jurisdiccional para que sea declarada la filiación extramatrimonial respecto al padre o de la madre, cuando uno u otro se niega a reconocer voluntariamente.

La historia jurídica revela que en los siglos pasados hubo periodos que se admitió la investigación judicial en referencia y en los periodos en que tal investigación ha sido prohibida, en eso correspondió una gran diferencia

entre los hijos legítimos e ilegítimos, esto quiere decir que cuando la investigación judicial de la paternidad o de la maternidad ha sido permitida con amplitud se ha mantenido una drástica diferencia entre el status del hijo legítimo y del hijo ilegítimo, y que en cambio cuando se ha restringido o prohibido dicha investigación judicial, las leyes han denotado una inclinación a cortar las distancias entre ambas clases de hijos, ley que por cierto no se ha dado en el Perú.

En el Derecho Español que rigió a las colonias se permitió la investigación judicial de la paternidad, y lo mismo ocurrió en el antiguo Derecho Francés, dentro del cual esa investigación era libre y en esa época los “bastardos” no heredaban, se usaba de una manera abusiva una regla en el derecho consuetudinario establecía que la denuncia del supuesto seductor por una muchacha en cinta se tenía por cierta *virgini praegnanti creditur* y obligaba al autor del embarazo a proporcionar los gastos de alumbramiento y de manutención del hijo.

En la actualidad, ya no se habla de reconocimiento forzoso, porque realmente estas expresiones resultan ser contradictorias, desde que todo reconocimiento siempre es voluntario y no obligado, por eso la posición legislativa más actualizada prefiere denominarla “Declaración judicial de la Filiación extramatrimonial” que puede ser bien de la paternidad o de la maternidad según el caso.

De otro lado, son derechos y deberes de los padres reconocer voluntariamente a sus hijos habidos fuera del matrimonio, pero cuando existe negativa de hacerlo, el hijo tiene derecho para reclamar su estado y para exigir a sus padres que cumplan sus deberes con respecto a él, la madre también esta asistida en reclamar al padre no solo el reconocimiento, sino recurrir al poder judicial a fin de conseguir un “reconocimiento forzoso”, que ahora toma el nombre de “Declaración judicial de la Filiación extramatrimonial”.

3.13. CONCEPTO Y DEFINICION

Son acciones que permiten la investigación tanto de la paternidad como de la maternidad extramatrimonial con la finalidad de que en su oportunidad el Órgano Jurisdiccional declare mediante sentencia la relación paterno filial existente entre una persona y sus progenitores (padre o madre), que se han negado a reconocerlos de manera voluntaria. En ese sentido se exige un pronunciamiento por parte del juez que conoce del asunto.

La declaración judicial de la filiación opera a falta de reconocimiento voluntario de padre o madre respecto de un hijo extramatrimonial, ya sea porque desconfían de la certeza del vínculo, por un acto de mala fe, confusión desconocimiento del procedimiento, costos, existencia de errores que impiden el reconocimiento, descuido, actitud machista (que nazca una niña y no un varón) etc.

Para Mazeud, este precepto encuentra respaldo en criterio eminentemente social. En efecto, el interés de la familia legítima exige que el hombre tenga las mismas obligaciones para con sus hijos, sean estos naturales o legítimos, sino, se le incitara a evitar las pesadas cargas del matrimonio. Hay que agregar que en la esfera social el hijo natural abandonado sin recursos, constituirá a la vez, una carga y un peligro para la sociedad entera.

Es por ello que el perjudicado con esta ingratitud paternal goza de la facultad de pedir que se practique la investigación correspondiente y que se declare en su momento la relación jurídica familiar, pudiendo incluso con legítimo derecho exigir la reparación civil por el daño causado por no haber cumplido el padre con la obligación moral en reconocerlo en su momento.

3.14. EL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL, Ley N°28457 (08/01/2015)

Mediante esta norma se aprueba la Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, cuya finalidad es establecer los mecanismos procesales idóneos a efectos de que la persona, por derecho propio o en representación de terceros, puedan obtener rápidamente la declaración de paternidad extramatrimonial, sin mayores dilataciones y costos procesales.

En ese sentido, se ha establecido que la persona interesada en obtener la mencionada declaración de paternidad, podrá demandarla ante el juez de paz letrado. Cursada la notificación de la demanda, el emplazado contara con un plazo de 10 días para formular su oposición. En caso de no representarse dicha oposición, el mandato se convertirá en una declaración judicial de paternidad.

La oposición a la demanda de filiación extramatrimonial suspenderá el mandato si es que el emplazado se hubiera obligado a realizar la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes. Transcurrido este plazo, y si el oponente no cumple con esa obligación por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en una declaración judicial de paternidad.

Una vez realizada la prueba del ADN, y si esta produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso. En cambio, si el resultado de la prueba fuese positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazo será condenado a las costas y costos del proceso.

La declaración judicial de filiación extramatrimonial que emita el juez podrá ser materia de apelación. Este recurso deberá presentarse dentro de los tres días siguientes a su notificación y será resuelto por el juez de familia en plazo no mayor de diez días.

A efectos de establecer este nuevo marco legal del proceso de filiación extramatrimonial, esta norma ha modificado el inciso 6 del artículo 402° del Código Civil, disponiendo que la paternidad extramatrimonial podrá declararse judicialmente 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 de certeza. Esta disposición no será aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

Por otro lado, esta norma también ha modificado los artículos 53 y 57 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La primera modificación establece que los juzgados de familia no podrán conocer las pretensiones concernientes a la sociedad paterno filial referidas a la filiación extramatrimonial prevista en el inciso 6) del artículo 402 del Código Civil. Mientras que con la segunda modificación se reconoce expresamente la competencia de los juzgados de paz letrados para conocer de las acciones de filiación extramatrimonial.

Finalmente, esta norma ha dispuesto que los procesos en trámite deberán adecuarse a sus disposiciones.

3.15. CASOS QUE SE ADMITE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DE LA PATERNIDAD

El código vigente se ha observado en el Art.402 los casos en que procede la investigación judicial, antes mencionada, en este caso

detallaremos cada inciso en la cual se declara la paternidad extramatrimonial, son los siguientes:

- **Escrito Indubitado (inciso 1):**

El documento escrito que contenga la voluntad indubitable del padre de reconocer como suyo al hijo puede ser extendido de puño y letra por el padre o basta que este firmado por él.

Viene a ser el caso en que se permita la apertura de la investigación de la paternidad cuando existan instrumentos tanto públicos como privados (cartas amorosas en el que el presunto padre admite ser el padre), en los que el presunto padre, sin efectuar un reconocimiento legal, deja constancia inequívoca de su admisión de la paternidad.

Por ejemplo, cuando en el poder se menciona al apoderado como hijo del poderante.

- **Poseción Constante del Estado (Inciso 2).**

La posesión constante del estado de hijo se acredita por el trato reciproco de padre a hijo entre el demandante y el demandado, así como el cumplimiento entre estos de los derechos y deberes de la patria potestad.

El hijo debe hallarse en la posesión del estado o debe haberse mantenido en tal posesión hasta un año antes de la interposición de la demanda. La posesión de estado de hijo extramatrimonial se comprobará por actos directos del padre, los que pueden ser corroborados por los actos de su familia. Los actos de la familia sin la concurrencia de los actos del padre, por ejemplo, el hermano del padre considera como sobrino al demandante puede bastar para declarar la relación paterno filial. Cuando el padre ha muerto o está imposibilitado de expresarse, los actos de la familia pueden acreditar el estado de hijo.

- **Concubinato (Inciso 3).**

Por época de la concepción hay que entender los primeros 121 días de los 300 anteriores a los del nacimiento del hijo. El concubinato debe desarrollarse en este lapso. El concubinato no requiere que el varón y la mujer no se encuentren impedidos de contraer matrimonio. Basta que sin estar casados hagan vida de tales, no siendo suficiente las relaciones sexuales esporádicas.

Las relaciones sexuales furtivas e inconstantes no constituyen concubinato debido a que las partes no tienen una relación de convivencia por no vivir juntos. Sin embargo, la concepción puede resultar de las relaciones sexuales furtivas e inconstantes. Como el Art. 402 no contempla el hecho demostrado de la relación extramatrimonial en la época de la concepción dentro de los casos en que judicialmente se puede declarar la filiación, la jurisprudencia antes de que el art. 402° fuera modificado por Ley N° 27048 que incluye el inciso sexto, haciendo una interpretación extensiva del art. 402.3 resolvió:

En el proceso judicial sobre filiación, forman convicción sobre las relaciones extramatrimoniales entre demandante y demandado la confluencia de los siguientes hechos: a) El ingreso de la demandante y el demandado juntos a una casa de hospedaje, retirándose al día siguiente también juntos, si bien no obra registrada su firma tampoco lo están la de los demás usuarios, habiéndose suplido tal omisión con la anotación del número de su libreta electoral que lo identifica. b) El resultado del análisis citogenética que establece la identidad de los cromosomas del demandado con los de la menor, cromosomas marcadores que según lo indican los peritos en genética humana de la Facultad de Ciencias Biológicas de la UNMSM, son poco frecuentes en la generalidad de la población. Esta es una prueba de validez científica admisible en esta clase de procesos de acuerdo con la parte in fine del primer párrafo del art. 413 del CPC. c) El

reconocimiento expreso efectuado en el acto del comparendo en el sentido de haber ayudado a la demandante durante su embarazo comprándole medicinas con su dinero.

Si bien el art. 402 del CC no ha considerado el hecho demostrado de la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción dentro de los casos en los que judicialmente se puede declarar la filiación, la omisión o deficiencia de esta norma legal, no puede dejar sin protección jurídica a una menor “cuya situación es la de un gran sector de la población infantil”, porque ello importaría atentar contra su derecho de llevar el nombre patronímico que le corresponde, de ser reconocida como hija de quien la engendro (art.19 y 386 del CC) así como desconocer el principio general del derecho, que “todos somos iguales ante la ley” y por tanto gozamos de las mismas oportunidades, de ahí la obligación impuesta al juzgador en el art. VIII del Título Preliminar del CC aplicable al caso por imperio del art. VII del mismo Título (Exp.Nº 271-92-Lima, dictamen del Fiscal Supremo: Raymundo Valverde Rosales. La Sala Civil de la Corte Suprema, en conformidad con esta opinión, declaro no haber nulidad en la sentencia de vista).

La aludida deficiencia que presentaba el art.402, ahora está superada con la inclusión del inc. sexto, según el cual la paternidad extramatrimonial puede ser declarada judicialmente cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo mediante la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

- **Violación, raptó o retención violenta (Inciso 4).**

La violación, el raptó o retención violenta de la mujer deben ser coincidentes con la época de la concepción.

Cuando se trata de estos delitos antes mencionado, perpetrados por varios sujetos en agravio de una misma mujer que resulta embarazada, ha sido resuelta de diferentes modos.

- **Seducción (Inciso 5).**

La seducción cumplida con promesa de matrimonio es la acción engañosa, el ardid o la astucia, que emplea el varón para lograr el acceso carnal con la mujer. La seducción regulada por el art.402.5 no debe de confundirse con la figura delictiva del art. 175 del CP.

Es el acto de engañar con maña, es delito contra la libertad y honor sexual cometido en agravio de una joven mayor de catorce y menor de dieciocho años, de conducta irreprochable, por consiguiente es otro caso en el que se apertura la investigación de la paternidad cuando haya seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea a la concepción, siempre que tal promesa conste de manera indubitable.

- **Declaración Judicial de paternidad del hijo de madre casada (inciso 6).**

Ante la negativa de someterse a alguna de las de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluara 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. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado su paternidad. Para la admisión de la demanda debe ofrecerse la prueba del ADN u otras pruebas genéticas científicas. La prueba se actuará en la etapa respectivas proceso.

La prueba de ADN u otras pruebas genéticas con fines de reconocimiento de la paternidad colocan en conflicto el derecho del menor con el del presunto padre. El menor tiene el derecho al nombre, a conocer su origen y quien es su progenitor como partes de su derecho a la identidad (derecho a ser un mismo y no otro). El presunto padre tiene el derecho a la integridad psicofísica y a la vida privada. Este conflicto se resuelve en favor

del menor que, como cualquiera ser humano es único, irrepetible e insustituible en un contexto personal, familiar y social. El que pretende reconocer su identidad familiar tiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a un debido proceso, dentro del cual puede ofrecer y actuar la prueba del ADN u otras pruebas genéticas pero sin violar los derechos del presunto padre, quien no está obligado a prestar su cuerpo para que tomen las pruebas de sangre, del cabello con raíz u otras sustancias con fines de realización de la pericia biológica.

La negativa del presunto padre a someterse a la prueba del ADN u otras pruebas genéticas no implica el reconocimiento tácito de paternidad, sino que ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas biológicas, luego que el demandado ha sido notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluando tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado podrá declarar la paternidad o la condición de alimentista del presunto hijo, correspondiéndole al menor, en este último caso, los derechos contemplados en el art.415.

3.16. PRUEBA DEL GRUPO SANGUINEO

En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402°, inciso 4, cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada solo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás.

Existen aglutinógenos que fueron llamados A y B, y de ellos depende la clasificación en los cuatro grupos principales que son:

Grupo A, cuando solo tiene aglutinógeno A;

Grupo B, cuando solo tiene el aglutinógeno B;

Grupo AB, cuando ambos aglutinógenos; y

Grupo O, cuando no tiene ningún aglutinógeno, ni A ni B.

La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas.

3.17. CUESTIONES PROCESALES

La ley sustantiva contiene varias importantes disposiciones referentes al juicio de investigación de la paternidad. Estas disposiciones determinan quienes pueden plantear la demanda, contra quienes debe dirigirse, a quienes corresponde contradecirla, cual es el juez competente para conocer de ella, y dentro de que plazos es procedente su interposición.

3.17.1. EL DEMANDANTE:

La acción para que se declare la paternidad correspondiente al hijo, nadie más interesado que el mismo para buscar el emplazamiento de su estado, de modo que si por cualquier motivo resuelve no plantear la demanda, nadie más, aun teniendo interés económico o moral, está autorizado para interponerla. El mismo artículo otorga a la madre para que plantee la demanda en nombre del hijo durante la minoría de este. Como la madre ejerce potestad, puede incoar la demanda, aunque ella misma sea menor de edad (artículo 421 C.C).

En el supuesto de que, por no existir la madre o hallarse esta desprovista de la potestad, se hubiera dado un tutor al hijo, ese representante legal no puede interponer la demanda sino cuando haya sido autorizado para ello por el consejo de familia (artículo 407 y artículo 647, 10° C.C.), el mismo derecho tiene el curador.

Los herederos del hijo carecen de derecho para plantear la acción y solo tienen el de continuarla si aquel la hubiese dejado interpuesta. La madre heredera pudo interponerla demanda en representación de su hijo, mientras este vivía y no puede ya plantearla si tal hijo ha fallecido.

3.17.2. EL DEMANDADO:

En principio, no puede serlo sino el presunto padre, mas si este hubiera fallecido la acción deberá ser dirigido contra sus herederos (artículo 406 C.C).

Dentro de la ley nacional se da una duda: la de saber a quién se ha de demandar cuando, fallecido el presunto padre, no son conocidos sus herederos. La jurisprudencia de los tribunales no ha seguido al respecto un criterio uniforme: por un lado, han establecido que, a falta de herederos declarados, la acción debe entenderse con el defensor de herencia, ya que sería inadmisibles que el derecho del hijo sufra perjuicio por la circunstancia de no conocerse a los herederos del presunto padre.

3.17.2.1. El Legítimo Contradictor

Es trascendente la cuestión a determinar quiénes pueden contradecir la demanda de investigación de la paternidad.

El único a quien compete convenir en la demanda o negarla es el demandado, en este caso, la ley suele permitir que la contradiga “todo el que tenga interés legítimo”. A esto se debe, los motivos por lo que se da la injerencia en el proceso a persona distinta del demandado, aunque solo sea para efectos de contradecir la demanda. La teoría del legítimo contradictor, es el derecho de cualquier tercero interesado, aunque no sea el demandado, es el derecho de cualquier tercero interesado, aunque no sea el demandado, para terciar en la controversia y contradecir la demanda del presunto hijo.

3.17.3. EL JUEZ COMPETENTE:

Se hace referencia, como regla general contenida en el artículo 44 del Código de P.C, establece la competencia del juez del domicilio del demandado. Pero, en esta regla general, se advierte una excepción: la acción puede interponerse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante (artículo 408 C.C); excepción que se justifica por la necesidad de favorecer al hijo que busca emplazamiento.

Una jurisprudencia, respecto a este tema, ha establecido que el conocimiento de los juicios de filiación ilegítima corresponde al juez del domicilio del demandante.

3.17.4. NO CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:

Para la interposición de la demanda, varias de las legislaciones coinciden en fijar, plazos muy cortos, esto con diversos motivos, ya sea para evitar una incertidumbre demasiado prolonga en cuanto al estado civil de las personas, ya sea para impedir debates escándalos, etc. El código anterior fijaba plazos de prescripción o caducidad para la investigación de la

paternidad, mientras que para la de maternidad, preceptúa la imprescriptibilidad.

El nuevo código ha uniformado el criterio aplicable a ambos casos, al establecer en su artículo 410 que “no caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial”.

3.17.5. LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DE LA MATERNIDAD:

La investigación de la maternidad, contrariamente a la del padre, procede sin enumeración alguna de casos siempre que se pueda acreditar el hecho del parto y la identidad del hijo (artículo 409. C.C).

No existe problema alguno cuando a los supuestos en que se puede plantear la demanda, la ley no trae presunciones de maternidad, ni existe la restricción referente a ser la madre casada.

En lo que concierne a las cuestiones procesales (referentes a quienes pueden plantear la demanda, contra quienes se puede dirigir, quienes son jueces competentes para conocer el asunto, la no caducidad de la acción), son aplicables las acotaciones hechos al examinar la declaración judicial de la paternidad.

Con respecto, a las cuestiones procesales, el nuevo texto civil ha corregir las deficientes mostradas en los casos de que: si el padre puede interponer la acción aun siendo menor de edad, a si es competente, no solo el juez del domicilio del demandado, sino también el del domicilio del demandante, siendo así que donde hay la misma razón hay el mismo derecho y así la demandad puede ser dirigida también contra los herederos, cuestión que ofrecía cierta oscuridad en el texto derogado.

3.17.6. ACCIÓN ALIMENTARIA, DE RESARCIMIENTO E INDEMNIZACIÓN DE LA MADRE:

Diversas legislaciones conceden a la madre del hijo extramatrimonial el derecho de reclamar del hombre con quien ha vivido en concubinato, el reembolso de los gastos del embarazo y parto.

El código civil peruano, consagra en el artículo 414 el derecho de la madre, por una parte, al pago de todos los gastos ocasionados por el embarazo y alumbramiento, por otra parte, a disfrutar de alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta días siguientes al parto y finalmente, en los casos de abuso de autoridad, promesa de matrimonio, cohabitación delictuosa o minoridad al tiempo de la concepción, a una indemnización pecuniaria por concepto de daño moral. La norma es aplicable tanto en los casos de investigación de la paternidad como al del reconocimiento voluntario del hijo.

En lo que se refiere a los alimentos, el fundamento de este derecho radica, en el estado de necesidad por el que atraviesa madre durante un periodo en que no se halla en condiciones de dedicarse a ninguna actividad lucrativa, de esta manera se favorece una gestión adecuada de nuevo ser a través del auxilio alimentario a la madre, es al hijo a quien realmente se auxilia.

En lo referente a la indemnización por el daño moral, el derecho de reclamarla no se confiere en todo caso a la madre, sino únicamente el aquellos en que el acceso carnal se ha producido en notorias circunstancias de dolo, sea mediante abuso de autoridad promesa matrimonial incumplida, ya aprovechando de la inexperiencia, derivada de la época edad de la mujer, y el fundamento de tal derecho, no solo reside en la necesidad de sancionar una conducta maliciosa, sino en el detrimento que sufre la madre en su reputación y en el desmedro de otras perspectivas matrimoniales, acaso truncadas en definitiva por el nacimiento del hijo.

En cuanto al periodo durante el cual la madre puede pedir alimentos al padre parecería existir una implicancia entre lo dispuesto en el artículo 414 C.C. según el cual “la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta siguientes al parto”, y el artículo 885 C.C. en cuya virtud si en la partición deben comprenderse los derechos de un heredero no nacido, se suspenderá hasta el nacimiento y en “en el intervalo la madre disfruta de la herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos”. El artículo 414 contiene la regla general y el artículo 885 la norma específica para el caso del póstumo.

4. LEGISLACIÓN NACIONAL

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO**

Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

Inc. 1.- “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Artículo 4°. – La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...).

- **CÓDIGO CIVIL:**

TÍTULO II

CAPÍTULO PRIMERO

Reconocimientos De Los Hijos Extramatrimoniales

Artículo 386°. – Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

Artículo 387°. – El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas.

Artículo 388°. – El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solos de ellos.

Artículo 389°. – El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando estos se hallen comprendidos en los Artículos 43° incisos 2 y 3 y 44° incisos 2 y 3, o en el Artículo 47° o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.

Artículo 390°. – El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

Artículo 391°. – El reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente.

CAPÍTULO SEGUNDO

Declaración judicial de filiación extramatrimonial

Artículo 402°. - Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial:

Artículo 413°. - Pruebas del grupo sanguíneo

- **LEY N° 28457 MODIFICADA POR LA LEY N° 30628:**

Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

Artículo 1°. - Demanda y Juez Competente

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesorio, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil.

En este caso, el juzgado correrá traslado al emplazado de la pretensión de declaratoria de paternidad extramatrimonial y de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor de diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse a la declaratoria de paternidad extramatrimonial y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Artículo 2°. – Oposición:

La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El juzgado fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo; en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado de ser el caso. Asimismo, en la audiencia se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en la audiencia al laboratorio privado al que se encargue la realización de la

prueba. Este deberá estar acreditado conforme a la regulación sanitaria correspondiente para brindar las garantías necesarias.

Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad. Si lo desea, la parte demandante puede asumir el costo de la prueba en un laboratorio privado.

El juzgado resuelve la causa por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN si esta se realiza o por el vencimiento del plazo previsto en el párrafo precedente. Se resolverá la causa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4.

Para efectos de la presente ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.

Artículo 2-A. –Allanamiento:

El demandado podrá allanarse a la demanda, desde que fue notificado hasta antes de la realización de la prueba biológica de ADN.

Artículo 3°. – Oposición Fundada:

Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 4°. – Oposición Infundada:

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada declarándose la paternidad.

En la misma resolución, se dictará sentencia respecto a la pretensión de alimentos condenando al demandado al pago de costas y costos del proceso.

Artículo 5°. – Apelación:

La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El Juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.

Artículo 6°. – Devolución de costos de prueba de ADN:

Si la parte demandante asume el costo de la prueba en un laboratorio privado, la parte demandada debe reintegrarle lo asumido en caso de que el resultado sea positivo a la paternidad.

- **CÓDIGO PROCESAL CIVIL:**

- **Artículo 424.- Requisitos de la demanda.**

La demanda se presenta por escrito y contendrá:

Inc. 10. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos y de declaración judicial de paternidad. El secreto respectivo certificara la huella digital del demandante analfabeto.

- **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:**

- **Artículo 3°.-**

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de el ante la ley y, con ese fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

(...)

- **Artículo 27°.-**

1. Los estados Partes reconocen el derecho de todo niño a nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

(...)

4.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (...).

5. JURISPRUDENCIAS Y PLENOS JURISDICCIONALES

➤ JURISPRUDENCIAS:

- **Plazo para negar paternidad comienza cuando se conoce al verdadero padre:**

La Corte Suprema estableció que no procederá la excepción de caducidad en los procesos de impugnación de paternidad pese a que haya transcurrido más de un año desde que el actor alcanzó la mayoría de edad. “(...) La demandante absolvió la excepción presentada por el codemandado, señalando que se enteró de la verdad mucho tiempo después de adquirir la mayoría de edad, pero que esto no puede ser un motivo que atente contra su derecho a la identidad. Asimismo, precisó que deberá aplicarse por extensión el artículo 410 del Código Civil que a la letra dice: “no caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial”. Por dichos criterios, el juez de fondo declaró inaplicable el artículo 401 del Código Civil. La Corte Suprema afirmó que el pedido del recurrente no puede admitirse”. **(Casación N° 1303-2013/San Martín; de la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Permanente publicado el 30 de diciembre del 2015).**

- **Padre biológico puede reconocer a hijo de mujer casada:**

La Corte Suprema reconoció que la paternidad de un menor de edad correspondía a una persona distinta al esposo de la madre, pese a que este no negó al hijo. Para ello inaplicó los artículos 396 y 404 del Código Civil en un proceso de impugnación de paternidad iniciado por el padre biológico. De esta manera tuteló el derecho a la identidad de un menor de edad sobre la base del interés superior del niño. (...) La primera instancia declaró fundada la demanda, sin embargo, la segunda la declaró improcedente. Esto porque, según el ordenamiento jurídico, el presunto padre biológico de una menor de edad carece de interés para obrar para postular un proceso sobre impugnación de reconocimiento de paternidad. Solo el padre legal o su representante legal (madre) detentan dicha prerrogativa. Por su parte, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró nulo el auto de vista. **(Casación N° 2726-2012/ Del Santa; de la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria publicado el 27 de mayo del 2014).**

- **Paternidad es inimpugnable si se menoscaba identidad del menor:**

La Sala Civil permanente de la Corte Suprema estableció que no procede impugnar la paternidad de un menor de edad de diecisiete años, debido a que la demanda debe presentarse dentro de un plazo de noventa días, una vez conocido el acto. Tampoco si la demanda es realizada por el propio padre que lo reconoció. La paternidad no se fija solo por la verdad genética, señaló la Suprema, pues este constituye únicamente un aspecto de la identidad, que es la estática; mientras que la identidad dinámica es un proyecto continuo más allá de los datos fijos, que es la propia historia del individuo, lo que lo hace idéntico a sí mismo. Además, precisó que en vez de solucionarle un problema al menor se le quitaría el derecho que ha llevado consigo durante diecisiete años. **(Casación N° 3797-2012/Arequipa; de la**

Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Permanente publicado el 10 de marzo del 2015).

- Reconocimiento de paternidad puede revocarse si fue hecho bajo engaño:

La invalidación del acto de reconocimiento es permisible cuando se demuestra que el reconocedor fue inducido al error para declarar la paternidad. La Suprema verificó dicho supuesto, pues se afirma que la madre habría hecho incurrir en error al reconocedor, según lo demuestra la prueba de ADN. De esta manera, señala la Corte, devendría justificada la anulación del acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial debido al vicio de voluntad en que se encontraba el reconocedor. Además, que de por medio está el derecho a la identidad del menor que justifica que este conozca a su verdadero progenitor y lleve su apellido. Por lo tanto, esta sería la vía para dar solución a la discordancia entre paternidad legal y la paternidad genética determinada mediante la prueba del ADN. **(Casación N° 864-2014/lca; de la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria publicado el 08 de abril del 2015).**

- Madre no puede exigir declaración de paternidad de hijo fallecido:

La acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, tal como señala el artículo 407 del Código Civil, corresponde solo al hijo y no es transmisible a sus herederos cuando este fallece. Consecuentemente, la madre no se encuentra legitimada para iniciar un proceso con el objeto de solicitar el reconocimiento de su hijo luego de su muerte. El juzgado de primera instancia declaró improcedente la demanda en atención a que cuando la menor falleció se puso fin a su condición de sujeto de Derecho, no pudiendo considerársele titular de derechos o intereses. Por su parte, la Sala revisora confirmó la decisión del juzgado, señalando que el derecho a la identidad solo puede ser tutelado cuando preexiste la vida. **(Expediente N°**

04305-2012 – PA/TC; del Tribunal Constitucional – Juzgado de Familia Transitorio de Abancay publicado el 22 de mayo del 2015).

- Precisamente para conocer si su actuar fue razonable, se debe analizar si la negativa de someterse a un examen de ADN fue injustificada en base a criterios subjetivos como cuestionar la fiabilidad del laboratorio, la deshonra social, posible contagio de enfermedades infecciosas, el desmedro profesional entre otras, o por otra si fuese justificado teniendo parámetros objetivos como: razones de salud debidamente probadas, la edad de la persona, la falta de recursos para afrontar los elevados costos, situación ultima en la que se encuentre la accionante y debidamente acreditada al gozar de auxilio judicial: Por lo que la Sala actúa correctamente al valorar de manera conjunta las demás pruebas existentes ante la imposibilidad de practicarse la prueba solicitada, atendiendo a que su negativa se encuentra razonablemente justificada. **(Casación N° 2628-2003/Lima; de la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria publicado el 04 de Julio del 2005).**

- Si la ley no concede acción para excluir o suprimir el nombre del presunto padre cuando ha sido indebidamente incluido en una partida de nacimiento de su presunto hijo, se tendrá por no puesto o incluido dicho nombre, para lo cual no se requiere de ejercitar acción alguna, es evidente que mucho menos la ley puede conceder acción a persona distinta, como es el caso de la abuela, por lo tanto, la pretensión de exclusión de nombre resulta improcedente. **(Casación N° 1154-1997/Puno; de la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria publicado el 30 de diciembre del 1998).**

➤ **PLENOS JURISDICCIONALES**

**PLENO JURISDICCIONAL DE FAMILIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE
JUNÍN - 2017**

Tema 04

Tema Problema

Impugnación de Paternidad ¿Es posible cuestionar la filiación derivada de una declaración judicial de paternidad extramatrimonial consentida, en las que se haya vulnerado el debido proceso (derecho de defensa) y no se han actuado prueba de ADN, vía acción impugnatorio?

Exposición de motivos:

PRIMERA PONENCIA: No es posible, ya que tratándose de una declaración contenida en una decisión judicial, esta solo procede a través de acción de amparo.

SEGUNDA PONENCIA: Si es posible, ya que debe prevalecer la verdad biológica tanto más que no existe cosa juzgada cuando existe afectación del debido proceso.

VOTACIÓN: Luego de las intervenciones se procede a la votación, por lo que haciendo el conteo se tiene el siguiente resultado:

Por unanimidad gana la posición 1

Conclusión: *“No es Posible cuestionar la filiación derivada de una declaración judicial de paternidad extramatrimonial consentida, ya que, tratándose de una declaración contenida en una decisión judicial, esta solo procede a través de acción de amparo”.*

6. DERECHO COMPARADO

✓ **EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

En Colombia la Ley 45 de 1936 es la encargada de regular la filiación natural (extramatrimonial), y es en su artículo 1° donde establece quienes son los hijos naturales, hoy llamados extramatrimoniales, haciendo

referencia a que estos son aquellos nacidos de padres que en el momento de la concepción no se encontraban casados cuando han sido reconocidos o declarado judicialmente como tal y también lo serán los hijos nacidos de madre soltera o viuda. Además, en el Art. 6° de la Ley 75 de 1968 se establecen los casos en que los que hay lugar a la declaración de la paternidad extramatrimonial, de tal manera que no solo por el hecho de que haya sido concebido y nacido fuera del matrimonio se considera hijo extramatrimonial, sino que existen eventos específicos que la pueden determinar.

Según Valencia Zea Arturo (Bogotá - 1995), refiere que el reconocimiento es una forma de determinar la filiación extramatrimonial, doctrinariamente en Colombia es una confesión, un acto declarativo y es irrevocable.

El reconocimiento se puede realizar de varias formas como lo son básicamente en el acta de nacimiento, por testamento, por escritura pública o por una manifestación expresa ante un juez, siendo una manifestación espontánea y directa ante un juez.

En el artículo 406° del Código Civil establece que el hijo, el padre o la madre son las personas legitimadas para ejercer dicha acción, aunque no lo diga de una manera clara como si lo hace el Código Chileno, de esta norma se puede inferir que estas personas son quienes pueden ejercitarlas, ya que al regular que ni la prescripción ni algún fallo impide que la madre, padre o hijo puedan establecer quién es su hijo o sus padres dependiendo el caso. De igual manera el Art.12 de la Ley 45 de 1936, plantea que el hijo por si solo o representado es parte de los juicios de filiación, de lo cual podemos deducir que si es un proceso de filiación quiere decir que se inició por el ejercicio de la acción de reclamación y quien la ejerció fue el hijo.

Para desvirtuar la filiación extramatrimonial la Ley 75 de 1968 establece que se debe hacer por medio de la impugnación del reconocimiento hecho sobre ese hijo y por las casusas de los artículos 248 y

335 del CC (de este último se hablara más adelante), es decir que el legitimado no ha podido tener al padre como legitimante.

✓ **EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**

Solo hace la distinción de las clases de filiación y se establece que todas producen los mismos efectos, pero no se hace una explicación del significado de cada una de ellas como tampoco se señalan los eventos en los cuales se presentan.

Para la Doctrina argentina el reconocimiento es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es su hijo, es un acto unilateral, individual e irrevocable de acuerdo a Belluscio Augusto Cesar (Buenos Aires – 1988).

Se procede a realizar por medio de acta que resulte de la declaración hecha ante el funcionario del Registro Civil cuando se inscriba el nacimiento, por escritura pública o por testamento, estos últimos, aunque no lo diga así la redacción del texto hace deducir que es de esta forma, siendo de manera expresa.

Se ejerce la reclamación para la filiación matrimonial como para la extramatrimonial, y del hijo, padre y madre como los legitimarios para ejercer dicha acción según sea el caso.

El Código Civil argentino en su artículo 258 establece que el marido puede impugnar la paternidad a los hijos nacidos dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días después de la disolución o anulación, alegando que él no puede ser padre o que la paternidad no puede ser mantenida en razón a las pruebas que lo contradicen. También regula la impugnación del reconocimiento hecho por los padres, la cual la puede hacer el hijo o cualquier persona que tenga interés en ello.

✓ **EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA**

Se omite en la explicación de cada una de las clases de filiación y respecto a la filiación extramatrimonial se hace solamente referencia a la filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

El reconocimiento se dispone por testamento, por escritura pública o por la partida de la inscripción del nacimiento o del matrimonio.

En la presente legislación, trae disposiciones para el reconocimiento de un hijo muerto, el reconocimiento de un hijo cuyo padre o madre sea menor de edad, pero mayor de 16 años, esta es una disposición inexistente en las otras legislaciones.

En su legislación civil dispone que el marido puede desconocer la paternidad sobre un hijo, en la medida que pruebe que no ha tenido acceso a la mujer, que había estado separado de ella durante la concepción, o que nació antes de los ciento ochenta días de la celebración o después de los trescientos desde la disolución del mismo. De igual manera también regula la impugnación del reconocimiento hecho sobre el hijo, según lo dispuso en el artículo 221 del CC.

✓ **EN LA LEGISLACIÓN CHILENA**

El reconocimiento se hace de una manera similar, por escritura pública, por acto testamentario, acta al momento de inscribir el nacimiento o el matrimonio de los padres y en acta en cualquier momento y ante cualquier autoridad del Registro Civil, siendo de manera expresa.

Aquí, se regula expresamente la figura de la repudiación por parte del hijo. Así mismo se establece al hijo y a los padres como las personas que puede ejercer la acción de reclamación de estado, pero a diferencia de la regulación colombiana la chilena diferencia la reclamación de la filiación matrimonial y la reclamación de la extramatrimonial, ya que en el Art.204 del Código Civil regula reclamación matrimonial, dejándola como exclusiva del hijo, el padre y/o la madre.

En el Artículo 212 del Código Civil, refiere que la paternidad de un hijo concebido o nacido dentro de un matrimonio puede ser impugnada por el marido si prueba que se encontraba separado de hecho de la mujer dentro de un plazo de un año, o también lo puede hacer dentro de los ciento ochenta días desde el que conoció del parto. De igual manera determina que la filiación extramatrimonial se puede desvirtuar por medio de la impugnación del reconocimiento que se haya hecho, lo cual puede hacer la persona que demuestre interés en ello.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

El proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, mediante la Ley 28457 y su incidencia en el Marco Legal Peruano, establece que debe darse un marco legal que obligue a los padres a cumplir sus responsabilidades como tal, este debe contener diversos supuestos, que hagan que las partes del proceso puedan hacer efectivos sus derechos, en la verdad material, siendo la prueba de ADN, debe estar al alcance de las partes, quienes deberán asumir con responsabilidad el costo y la actuación de los mismos.

La valoración y actuación de la prueba de ADN por el juzgador debe conllevar al beneficio directo del menor, en aplicación al Derecho de Identidad, pero este debe ser ponderado frente a otros derechos del mismo nivel como son: el derecho a la unidad familiar, una estabilidad emocional, la misma que en muchos casos es frustrada por caprichos personales de padres irresponsables en su tiempo, dejando de lado lo más beneficios al menor.

El Código Civil permite el ofrecimiento y actuación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos, si bien solo cuando el presunto padre pretende esclarecer su no paternidad y nunca cuando el presunto hijo intente acreditar por este medio la relación paterno filial.

Al no permitirse ningún medio de prueba distinto al sometimiento a la prueba de ADN para considerarse una oposición valida se está limitando el derecho a la prueba, lo que a su vez implica que se recorte legítimamente el derecho a la libertad.

CONCLUSIONES

1. La filiación extramatrimonial es también conocida como filiación ilegítima, es decir, la derivada de la unión no matrimonial y los hijos que nazcan dentro de esta filiación ilegítima serán hijos extramatrimoniales.
2. La declaración judicial de filiación extramatrimonial se da cuando el padre o la madre un hijo extramatrimonial se resiste a reconocerlo, porque desconfía de la verdad del vínculo de ese sentido, las leyes dan regla muy diversa para la investigación tanto de la paternidad como de la maternidad extramatrimoniales, porque la paternidad, por un lado es un hecho secreto, misterioso y difícil de establecer, mientras que la maternidad, por el contrario es un hecho cierto, patente y fácil de comprobarlo.
3. Los hijos alimentistas son aquellos hijos extramatrimoniales que no pueden reclamar la declaración judicial de paternidad por no encontrarse dentro de los casos señalados en el artículo 402 del C.C, ya que únicamente podrán reclamar de quien tuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia que disfrutaran hasta que alcancen la mayoría de edad.
4. Que mayormente estos niños no reconocidos tienen un poco de dificultades en el aspecto psicológico ya que no cuenta con el apoyo paterno.
5. En la actualidad, procediendo la prueba de ADN dada por la Ley N° 28457, es un beneficio para determinar la paternidad del hijo.

RECOMENDACIONES

1. Que de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 28457 (Prueba de ADN), debe realizarse gratuito, ya que no todo ciudadano cuenta con las posibilidades económicas, debiendo de omitirse, con respecto la declaración de paternidad por el solo hecho de no realizarse la prueba de ADN.
2. En el artículo 387, se debería agregar que el asentamiento de la nueva partida debería ser automática, ya que hay un medio probatorio real.
3. En el artículo 413, debería comprender que la prueba para comprobar la filiación sea obligatoria para cualquier de los casos del artículo 402 del código civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS FÍSICOS:

Castro Reyes Jorge A. (2010). Manual de Derecho Civil. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Código Civil Comentado Tomo II. (2010). Por 209 especialistas en las Diversas Materias del Derecho Civil. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Cornejo Chávez Héctor. (2015). Derecho Familiar Peruano. Lima: Editora Gaceta Jurídica.

Ramírez Vela Wilder. (2016). La Constitución Comentada. Lima: Editorial Grafica Bernilla.

Torres Vásquez Aníbal. (2016). Código Civil Tomo I Comentarios y Jurisprudencias. Octava edición. Lima: Idemsa.

Varsi Rospigliosi Enrique. (2004). Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Lima: Editorial Grijley.

PÁGINAS VIRTUALES:

<https://legis.pe/control-difuso-art-400-codigo-civil-plazo-impugnacion-paternidad/> Inaplicación con respecto al plazo de impugnación de paternidad (Revisado 12/12 /2017)

<https://legis.pe/ley-30628-modifica-proceso-filiacion-paternidad-extramatrimonial/> Modificación el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial (Revisado 17/09 /2017)

<https://legis.pe/demandas-filiacion-paternidad-necesitaran-firma-de-abogado/> Las Demandas de Filiación de Paternidad no necesitaran firma de abogado.

ANEXO N° 01

PROYECTO DE SENTENCIA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA

3. JUZGADO DE PAZ LETRADO

EXP. N° 00802-2016, HUACHO

Huacho, cuatro de noviembre del año dos mil diecisiete.

Antecedentes

1. Mediante escrito de fecha 22 de abril del 2016 obrante de folios 09 a 12, doña GLORIA NORMA MEDINA ZERPA, en representación de su menor hija MIA MAYUMI GAMARRA MEDINA, formula demanda de FILIACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL y accesoriamente la pretensión de ALIMENTOS contra don ALFREDO MAGNO GAMARRA HUAYANEY a efecto de que éste cumpla con reconocer a la menor MIA MAYUMI GAMARRA MEDINA como su hija y otorgarle una pensión alimenticia en la suma de UN MIL CON 00/100 SOLES (S/. 1,000.00).

2. Refiere la accionante que producto de la relación extramatrimonial que mantuvo con el demandado procrearon a su menor hija, quien cuenta con diez años de edad, desconociendo su paternidad el demandado e incumpliendo con su obligación de atender la subsistencia y educación de la misma, quien se encuentra en la primera etapa de su vida, por lo que requiere de lo necesario para su crecimiento y desarrollo psicomotor; agrega además que el demandado es propietario de un restaurante denominado "El

Palco", obteniendo por ello un ingreso superior a los seis mil con 00/100 soles (S/. 6,000.00) mensuales.

3. Con resolución número uno de fecha 25 de abril del 2017 se admitió a trámite la demanda, confiriéndosele traslado al demandado para que cumpla con contestar la misma, lo cual se materializó, con fecha 05 de julio del 2017, según escrito de folios 28 a 31, refiriendo que resulta falso el ingreso económico que refiere percibe la accionante, indicando también que actualmente tiene una relación de convivencia con Adelina Sesi Mejía Sánchez, con quien ha procreado a sus menores hijas Alessa Disania y Yomatzi Farida Gamarra Mejía, quienes cuentan con cuatro y dos años de edad respectivamente. Agrega también que, si bien se dedica al comercio, percibe un ingreso diario de veintisiete con 00/100 soles (S/. 27.00) aproximadamente.

4. Con resolución número cuatro se convirtió el mandato de reconocimiento contenido en la resolución número uno en declaración judicial de paternidad, estableciéndose que el padre biológico de la menor Mía Mayumi Gamarra Medina es el demandado Alfredo Magno Gamarra Huayaney.

5. Con fecha 02 de septiembre del 2017 se realizó la Audiencia Única, emitiéndose la resolución número cinco por la cual se declaró saneado el proceso, procediéndose a la fijación de los puntos controvertidos, así como a la admisión y actuación de los medios probatorios ofrecidos por las partes y los dispuestos de oficio, habiéndose recabado los medios probatorios ordenados y con los alegatos de la parte demandada, quedaron así los autos expeditos para dictar sentencia.

De la protección del interés superior del niño, niña y adolescente como contenido constitucional

6. El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 42 de la Norma Fundamental en cuanto establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, Tal contenido es reconocido a su vez por la "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño".

7. Teniendo en cuenta que el artículo 55° de la Constitución establece que "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se Interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú", no queda sino convenir en que los contenidos de tal Convención sobre los Derechos del Niño resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.

8. El máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia referida en el numeral precedente, complementa señalando que "Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal

atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales".

9. De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.

10. Con respecto a los alimentos, este "concepto define el deber recíproco que tienen determinadas personas de proporcionar a otras igualmente determinadas los elementos que permiten su subsistencia tales como casa, vestido, comida, asistencia en casos de enfermedad y, tratándose de menores de edad, los gastos para sufragar su educación".

11. El artículo 472° del Código Civil, concordante con el artículo 92° del Código de los Niños y Adolescentes, prescribe que "se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia"; en este sentido, la norma sub judice, reconoce a este deber y al derecho que le es correlativo, como un deber-derecho de contenido tanto patrimonial como ético, pues a través de él se pretende proporcionar a un ser humano determinado la satisfacción a sus necesidades físicas e intelectuales de tal suerte que, satisfechas éstas, pueda cumplir su propio destino.

12. Los alimentos deben verse como el elemento material que permite a hombres y mujeres satisfacer sus impulsos biológicos positivos, de tal suerte que puedan integrarse a la humanidad, a la naturaleza y a sí mismos sin perder su propia individualidad. Así considerados, se entiende que la obligación alimentaria gravita sobre toda la comunidad, lo cual, hasta cierto punto es cierto. Sin embargo, existen nexos afectivos y biológicos que vinculan, en primera instancia, a determinadas personas, las cuales están llamadas, por la legislación, a cumplir con esta obligación de solidaridad humana.

De la obligación de prestar alimentos

13. Conforme lo prescribe el artículo 6o de la Constitución Política del Perú, "... es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos..."; aludiendo así el tema de la patria potestad, que no es otra cosa que el poder que los padres tienen sobre los hijos, el cual se sustenta además en la necesidad de socorrerlos, hacerlos crecer y desarrollar, independientemente del vínculo matrimonial o extramatrimonial que los une.

14. Todo lo que en el ámbito jurídico es a la vez deber y derecho constituye una atribución discrecional que quiere decir se puede ejercitar según el propio criterio, pero no se puede dejar de ejercitar; de esta forma, "la patria potestad no es una institución del derecho privado en el sentido que pueda o no obedecerse, por el contrario, desde ese punto de vista es de Derecho público: debe ejercitarse, aunque a discreción".

15. Debe entenderse que conforme a la definición de los alimentos, la obligación de brindarlos comprende "la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad".

16. En ese sentido, la obligación de prestar alimentos de los padres a los hijos constituye una obligación de raigambre constitucional que no se agota en la normativa interna, sino que además se encuentra contenida en instrumentos internacionales, como lo prescribe el numeral 2 del artículo 27° de la Convención del Niño de 1989, donde refiere "A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño".

17. Así, presupuestos legales de la obligación de alimentos son tres: uno subjetivo, constituido por la existencia del vínculo familiar, caracterizado por su carácter y vocación de permanencia, mientras los otros dos, de carácter objetivo, el estado de necesidad del acreedor y la disponibilidad económica del obligado pueden variar con el transcurso del tiempo.

18. En cuanto a la disponibilidad económica del deudor alimentario, ello guarda relación con la proporcionabilidad que debe de existir entre las necesidades del alimentista y los ingresos de quien debe prestarlos, incluso, debido a que no es necesario efectuar una comprobación exhaustiva de los ingresos económicos del deudor alimentario, cuando el demandado no cuente con un trabajo estable o ingresos permanentes, los alimentos deberán fijarse en forma prudencial y en relación porcentual al costo de vida.

Del análisis del caso en concreto

19. En base a lo narrado en los numerales precedentes, a fin de determinar si resulta amparable la pretensión accesoria formulada en autos, es menester examinar si se cumplen los presupuestos para dicho efecto, es decir, la existencia del vínculo familiar entre el demandado y la menor alimentista, el estado de necesidad de ésta última y las posibilidades económicas del obligado, ello con la finalidad de poder atender a los puntos controvertidos fijados en autos.

20. Así, en cuanto a la determinación del vínculo familiar entre el demandado y la menor alimentista; éste se encuentra plenamente acreditado con el Acta de Nacimiento obrante en copia certificada a folios 20, expedida por la Municipalidad Distrital de Catac, donde se advierte que el propio demandado reconoció expresamente la filiación que existe con la menor alimentista; por lo cual, con dicho reconocimiento se constituyó la obligación legal de acudir con alimentos para su manutención, cumpliéndose así dicho presupuesto, más aún si con resolución número cuatro se declaró judicialmente la paternidad de la menor alimentista, atribuyéndosele al demandado la misma.

21. En lo que concierne al estado de necesidad de la menor alimentista, según se desprende del Acta de Nacimiento obrante a folios 02, se tiene que la menor alimentista actualmente cuenta con más de diez años de edad, coligiéndose así, que dada su minoría de edad no puede procurarse por sí sola su propia subsistencia; mas por el contrario, necesita mayor apoyo al encontrarse en pleno desarrollo físico y cognitivo, lo cual evidentemente conlleva a que no sólo se le brinde un respaldo económico que permita satisfacer sus necesidades primarias básicas, sino que también debe contar con el apoyo moral de sus progenitores; es decir, satisfacer no solo sus necesidades en el ámbito material [cubrir necesidades básicas como alimentación, vestido y educación] sino además en el ámbito espiritual, impartándole valores morales que formen su carácter y personalidad ante la sociedad.

22. En ese sentido, dada la minoría de edad de la menor alimentista y encontrándose en edad escolar, según constancia de estudios de folios 03, se puede inferir que el estado de necesidad es latente, requiriendo del apoyo de sus padres para lograr su subsistencia, pues la misma irroga una serie de gastos como los acreditados con las boletas de venta de folios 04, con lo cual se queda acreditado dicho punto controvertido.

23. Finalmente, en lo que atañe a las posibilidades económicas del demandado, éste alega que es cierto que ejercer el comercio, lo cual resulta concordante con la actividad fijada en su Registro Único de Contribuyente (RUC), cuya consulta obra a folios 05, y si bien por su parte señala que su ingreso ascendería a veintisiete con 00/100 soles (S/. 27.00) diarios [lo cual ascendería a ochocientos diez con 00/100 soles (S/. 810.00) al mes], ello no se condice con el rubro del negocio a su cargo, así como tampoco con las constancias de declaración de pago ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) obrantes de folios 22 a 24, donde se tiene que el propio demandado ha declarado ingresos entre dos mil quinientos con 00/100 soles (S/. 2,500.00) a tres mil con 00/100 soles (S/. 3,000.00) por los meses de abril a junio del año en curso, evidenciándose así que sus ingresos realmente SOJT superiores a los declarados por el demandado, contando con capacidad económica para asistir con una pensión alimenticia a favor de su menor hija, y si bien la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) ha señalado que el demandado no ha presentado su declaración jurada de impuesto a la renta en éstos últimos cinco años, ello se trata de periodos o ejercicios anteriores al presente año, pues conforme a las instrumentales antes mencionadas, obrantes de folios 22 a 24, se advierte que durante el presente año viene tributando, cumpliéndose así este punto controvertido.

24. Habiéndose determinado no solo la obligación del demandado de acudir con una pensión alimenticia a favor de la menor alimentista sino además la posibilidad económica del mismo para materializar ello, corresponde dilucidar ahora el monto de la pensión alimenticia a la cual se encontrará obligado, lo cual constituye el último punto controvertido fijado en los actuados; en ese sentido, si bien la accionante sonata una pensión alimenticia en la suma de un mil con 00/100 soles (S/. 1,000.00), en autos no ha acreditado un costo de manutención de la menor alimentista que demande dicho monto, considerando que ambos padres deben aportar para

la subsistencia de sus hijos, incluso en su declaración brindada en Audiencia Única, refiere un costo de manutención de la menor alimentista en un monto menor al reclamado, por lo cual, regulándose el monto de la pensión en función al real estado de necesidad del alimentista, no resulta viable atender el monto reclamado; por el contrario, en base a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, atendiendo además al principio rector del interés superior del niño y que es deber de ambos padres en coadyuvar a la manutención de su prole, estando al real costo de manutención declarado por la accionante, el suscrito estima pertinente fijar la pensión de alimentos a favor de la menor Mía Mayumi Gamarra Medina en la suma de cuatrocientos con 00/100 soles (S/. 400.00), que es el equivalente al cincuenta por ciento (50%) del costo de manutención indicado por la accionante y que resulta proporcional a los ingresos que percibe el demandado, considerando la otra carga familiar que mantiene por similar obligación con las menores Alessa Disania y Yomatzi Farida Gamarra Mejía [cuyo vínculo familiar se encuentra acreditado con las copias de sus documentos nacionales de identidad de folios 26 a 27], ello sin considerar a la obligación alimentaria que refiere a favor de su conviviente, pues no existe norma imperativa que lo obligue a acudirle con una pensión alimenticia por lo que corresponde declarar fundada en parte la pretensión accesorio de alimentos.

Por las consideraciones antes glosadas, el Señor Juez que suscribe, administrando justicia a nombre de la Nación, **RESUELVE:**

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesorio de **ALIMENTOS** de fojas 09 a 12, acción interpuesta por doña **GLORIA NORMA MEDINA ZERPA**, en representación de su menor hija **MIA MAYUMI GAMARRA MEDINA**, contra don **ALFREDO MAGNO GAMARRA HUAYANEY**.

2. **ORDENAR** que el demandado don **ALFREDO MAGNO GAMARRA HUAYANEY**, cumpla con otorgar una pensión alimenticia

mensual y por adelantado a favor de la menor **MIA MAYUMI GAMARRA MEDINA**, con la suma de CUATROCIENTOS CON 00/100 SOLES (S/. 400.00), haciéndose efectiva la pensión alimenticia antes fijada a través de la demandante **GLORIA NORMA MEDINA ZERPA**, monto que deberá ser abonado de forma obligatoria por el demandado una vez que se consentida o ejecutoriada la presente resolución en la cuenta de ahorros del Banco de la Nación que se apertura para tal efecto.

3. **PONER EN CONOCIMIENTO** al demandado que ante el incumplimiento de las obligaciones alimentarias fijadas mediante la presente resolución se encontrará bajo los alcances de la Ley 28970 - Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos Notifíquese.