

**El hijo alimentista y la gratuidad de la prueba de ADN en los procesos de filiación**

**The alimentary son and the gratuity of the DNA test in filiation processes**

**Mariana Ojeda Chú**

Universidad San Pedro, Perú  
ml\_ojeda@live.com

**Galia Alvarado Moncada**

Universidad San Pedro, Perú

**Información del artículo**

Recibido 31 octubre 2018

Recibido revisado 20 enero 2019

Aceptado 31 enero 2019

Disponible online 20 marzo 2019

**Palabras clave**

Filiación  
Derecho  
Alimentos  
Identidad  
ADN

**Resumen**

La presente investigación tuvo como propósito realizar un análisis sobre los presupuestos normados en los artículos 415° y 402° del Código Procesal Civil del Perú, que regulan el derecho de los hijos alimentistas a reclamar una pensión de alimentos, y los supuestos por los que se puede demandar la filiación extramatrimonial, entre ellos, la prueba biológica; con la finalidad de determinar si la figura legal del hijo alimentista puede mantenerse en vigencia, pese al avance tecnológico que permite un mayor acceso a la prueba de ADN. Se realizó un estudio de carácter documental, en el marco del enfoque mixto, en función de un análisis comparativo de la normatividad de cuatro países, además de Perú; y un análisis descriptivo de la incidencia de procesos de alimentos y filiación en una Corte Superior del Perú. En la comparación internacional, se encontró una normatividad con expresiones diferentes de protección al menor en casos de filiación; y una proporción de 95% de casos de procesos por alimentos y 5% por filiación en la Corte Superior del Santa, Perú. Y se concluye que la figura legal del hijo alimentista declina su vigencia frente a la posible aprobación de la gratuidad de la prueba de ADN en los procesos de filiación de paternidad.

**Keywords**

Filiation  
Right  
Foods  
Identity  
DNA

**Abstract**

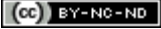
The purpose of this research was to analyze the budgets regulated in articles 415 and 402 of the Civil Code, which regulate the right of maintenance children to claim a maintenance pension, and the cases for which the extramarital filiation, being one of them, the biological test; with the purpose of determining if the legal figure of the alimentary son can stay in force, in spite of the technological advance that allows a greater access to the test of DNA. A documentary study was carried out, within the framework of the mixed approach, based on a comparative analysis of the regulations of four countries, in addition to Peru; and a descriptive analysis of the incidence of food processes and filiation in a Superior Court of Peru. In the international comparison, a normativity was found with different expressions of protection to the minor in filiation cases; and a 95% proportion of cases of processes for food and 5% for filiation in the Superior Court of Santa, Peru. And it is

concluded that the legal status of child food declines its validity against the possible approval of the free DNA test in paternity filing processes.

---

DOI:

© 2019 Instituto Magister de Estudios para el Desarrollo, Magister SAC.

 Este es un artículo de acceso abierto bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

---

## Introducción

El texto del Art. 7° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Niña señala que el niño debe inscribirse inmediatamente después de su nacimiento, para que, desde su nacimiento, ejerza su derecho a un nombre, a una nacionalidad y, “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (UNICEF, 2006). Esto expresa la importancia del derecho a la identidad de toda persona y, con ello, la posibilidad de conocer su verdadero origen genético, como derecho fundamental. Así, en la actualidad, no solo se percibe una preocupación de los Estados por garantizar la subsistencia material, sino también, el derecho a la protección moral de los niños, niñas y adolescentes, a través del derecho a su identidad (protección moral) que, a la par con el derecho alimentario (protección material), pretende alcanzar el amparo integral de todo menor. Estos derechos, para el caso de los hijos extramatrimoniales, fueron normados y se mantienen vigentes en la legislación civil peruana por medio de las figuras jurídicas del hijo alimentista y la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, consagradas en los artículos 415° y 402° del Código Civil, respectivamente, pero con derechos bastante diferenciados.

En ese sentido, la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, Ley N°28457, establece en uno de sus articulados que, frente a la “no oposición del demandado en el plazo de diez días”, el juez tiene la potestad de declarar judicialmente la paternidad, convirtiendo con el hijo extramatrimonial no reconocido, en un hijo reconocido mediante sentencia judicial; en consecuencia, le corresponderá el derecho a recibir alimentos, además de todos los otros derechos regulados por la ley, a partir de la generación del vínculo de parentesco.

Frente a ello, surge el cuestionamiento de mantener vigente el proceso de alimentos por hijo alimentista, debido a que, de acuerdo a esta figura legal, el menor, sin ser hijo del supuesto padre, puede exigirle solo una pensión de alimentos, siempre que se pruebe la existencia de una relación sexual entre la madre y el demandado durante la época de la concepción. Así lo expresa la legislación peruana y lo explican diferentes autores. En ese sentido, Plácido (2011) expresa:

Siguiendo los sistemas legislativos que combinan los criterios prohibidos y permisivos para la investigación de la paternidad extramatrimonial, para cualquier supuesto de hecho que no encaje en la previsión legal del artículo 402 del Código Civil, se contempla una simple acción a efectos de alimentos, fundada en la posibilidad de la paternidad. Vale decir, fuera de los supuestos excepcionales de investigación judicial de la paternidad, se permite al hijo extramatrimonial reclamar una pensión de alimentos al varón que ha tenido relaciones sexuales con su madre, durante el período legal de la concepción (...).

Similar explicación realiza Cornejo (cit. en Cantuarias, 1987), al referirse al hijo alimentista. Así, señala la existencia de un derecho no negado por la ley: “el derecho a

subsistir, el derecho, por tanto, a ser alimentado, mientras no pueda valerse por sí mismo” (Cantuarias, 1987). De esa manera, se conciben los alimentos del hijo alimentista, como el recurso que avalará la subsistencia de un menor que, por obvias razones, requiere de asistencia, ya que no puede valerse por sí mismo. Sin embargo, es bastante conocido que tanto el derecho nacional como el derecho internacional respecto de los niños, niñas y adolescentes buscan garantizar el desarrollo y protección integral de los menores (Arrunátegui, 2013; Mejía, 2015). Entonces, cabe preguntarse si será suficiente el derecho del hijo alimentista para contribuir al desarrollo integral del menor.

En este punto, es importante señalar dos aspectos importantes. Los derechos de los que goza el hijo reconocido (ya sea mediante un acto voluntario del padre o por disposición de una sentencia) son, en primer orden, la generación del vínculo paterno filial, y a través de dicho nexo legal, la entrada en vigencia de una serie de derechos e instituciones jurídico familiares (Maldonado, 2014), entre los que se citan el derecho al nombre, a la identidad, al amparo, al buen trato, a la ampliación de los alimentos, al régimen de visita, hasta llegar a los derechos sucesorios. En contraste, el hijo alimentista (no reconocido), sólo tiene la posibilidad de demandar alimentos siempre que no haya alcanzado la mayoría de edad (Aragón, 2016).

De lo normado en la Constitución Política del Perú y en el Código de los Niños y Adolescente, se desprende la función tuitiva del Estado que es garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes (Acedo, 2013), ya que se regulan los derechos a la vida, la dignidad, el libre desarrollo y bienestar, entre otros; derechos que no se pueden subsumir en un solo derecho alimentario de subsistencia. En consecuencia, es claro que, normativamente, corresponde al hijo alimentista sólo un amparo material limitado, mientras que al hijo reconocido le corresponde amparo material y moral en toda su extensión.

Ante ese panorama, este estudio nace de la inquietud respecto de si se afectaría la vigencia de la figura legal del hijo alimentista, con la aprobación de proyecto de ley que admitiría la gratuidad del ADN en los procesos de filiación de paternidad para determinar la identidad del demandante. Esto en razón de que, como refiere Ledesma, la jurisprudencia señala:

Para un hijo alimentista no cabe discutir la paternidad sino la obligación alimentaria del que debe prestar los alimentos, razón por la cual que tampoco se requiere de prueba tan completa como para establecer la paternidad extramatrimonial, sino de elementos probatorios que, al ser elevados persuaden al juzgador sobre las relaciones habidas del demandado con la demandante durante la época de la concepción (cit. en Torres, 2008).

Al respecto, cabe señalar que el Proyecto de Ley N°153/2016-CR, que crea el ADN gratuito, modifica el Art. 424, inc. 10 del Código Procesal Civil, en tanto trae consigo la posibilidad de mejorar la celeridad en los procesos de filiación. Ello porque, a diferencia de la norma vigente (Ley N°28457), donde la prueba de ADN debe ser financiada por la madre demandante, con cargo a devolución de parte del supuesto padre demandado, en este proyecto de ley, se propone que la prueba de ADN sea realizada por el Instituto de Medicina Legal. De esa manera, ya no constituye una carga económica para la madre demandante, la que, en muchos casos, se encuentra en estado de necesidad económica en tanto asume sola los gastos que representa el menor no reconocido. En la práctica, eso significa un escenario con mejores condiciones legales para favorecer el desarrollo integral del menor (Arrunátegui, 2011), propósito fundamental de la normatividad internacional (Asamblea

General de la Organización de la Naciones Unidas, 1989; UNICEF, 2006) y nacional (Ley N°28457; Ley N°30628).

Frente a este panorama de opciones legales favorables que se presenta ante los hijos extramatrimoniales, cabe preguntarse si es necesario mantener vigente la figura jurídica del hijo alimentista, que sólo garantiza la protección material del menor a través de una pensión de alimentos, y no el pleno ejercicio de los derechos humanos que corresponden a todo niño, niña y adolescente, para conocer su verdadera identidad a través del desarrollo de lazos filiales o de parentesco, estatus que sí se alcanza con la declaración de paternidad dispuesta en un proceso de filiación. Frente a ello, se plantea como hipótesis que la gratuidad de la prueba de ADN en los procesos de filiación de paternidad elimina las barreras de acceso a la justicia de los menores no reconocidos, otorgándoles la posibilidad de reclamar el estatus de hijos; por lo que resulta innecesaria la vigencia del hijo alimentista en la legislación peruana.

Considerando lo expuesto, es objetivo general de este estudio evaluar la vigencia de la figura legal de hijo alimentista frente a la posible aprobación de la gratuidad de la prueba de ADN en los procesos de filiación de paternidad. Para ello, se plantean dos objetivos específicos: efectuar un análisis comparado de la legislación nacional e internacional sobre la figura legal del hijo alimentista, y el proyecto de ley sobre la gratuidad de la prueba de ADN en los procesos de filiación de paternidad; y determinar la incidencia de procesos por demandas de alimentos de hijos alimentistas y de procesos de filiación en la jurisdicción de la Corte Superior del Santa, en la región Ancash, al noroeste del Perú.

## Metodología

### *Enfoque, tipo y diseño de investigación*

Estudio realizado en la marco del enfoque mixto de investigación (Hernández, Fernández y Baptista, 2014), de carácter documental (Muñoz, 2011). Para el cumplimiento del primer objetivo, se remite a los estudios sociojurídicos de tipo jurídico – comparativo (Ramos, 2005), para lo cual se efectúa un análisis comparado (Pérez, 2007) de la normativa al respecto de cuatro países de habla hispana (España, Chile, Argentina y Ecuador). Para el cumplimiento del segundo objetivo, se efectúa un análisis descriptivo (Hernández et al., 2014) mediante una tabla de frecuencias (Lopes, 2000), organizada en función del juzgado de donde se obtuvieron los procesos y de la materia o asunto de que dio lugar a los procesos.

### *Fuentes*

Las fuentes que se utilizaron se presentan a continuación:

Tabla 1. Fuentes utilizadas en el análisis documental

fuelle	asunto	procedencia
Resolución 44/25	<i>Convención sobre los derechos del niño.</i>	Asamblea General ONU
Código Civil Español		España
Código Civil Chileno		Chile
Código de la Niñez y de la Adolescencia		Ecuador
Código Civil y Comercial de la Nación		Argentina
Código Procesal Civil Peruano		Congreso del Perú
Proyecto de Ley N°153/2016-CR	ADN Gratuito, Proceso Único de Filiación de Paternidad, Alimentos Preventivos.	Congreso del Perú

Ley N°28457	Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial	Congreso del Perú
Ley N°30628	Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial	Congreso del Perú

## Resultados

En el análisis de normas nacionales se revisaron tres cuerpos normativos y un proyecto de ley. El Código Civil Peruano en el Capítulo II, Título III del Libro de Familia, el legislador nacional ha incorporado los Art. 415° y 417°, que son la calificación y derechos de los hijos alimentistas. En estos artículos se establece que el hijo extramatrimonial que esté fuera de los supuestos del Art. 402° (supuestos de procedencia para solicitar la declaración judicial de paternidad extramatrimonial) sólo podrá reclamar una pensión de alimentos hasta la edad de los dieciocho años, de manera personal o a través de su representante legal.

En cuanto a la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, Ley N° 28457, esta norma adjetiva fue promulgada el 07 de enero del año 2005, y está compuesta por cinco artículos; entre otros aspectos, regula un proceso simplificado para determinar la relación jurídica de parentesco entre el padre y el hijo, no reconocido voluntariamente.

Por otro lado, la ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, Ley N° 30628, se constituye en la tercera modificación que sufre la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial desde su promulgación, y entrada en vigencia el 08 de julio del año 2017. Aunque fue difundida inicialmente como la Ley del ADN Gratuito, lo cierto es que no dispone la gratuidad de la prueba; sin embargo, incorpora algunos aspectos novedosos que se espera permitan un mejor acceso a la justicia de los hijos extramatrimoniales no reconocidos, como el caso de la exoneración de tasa judicial, la no exigibilidad de la defensa cautiva y la continuidad del proceso en el caso del demandado no ubicable.

Finalmente, el proyecto de Ley que crea el ADN gratuito, proceso único de filiación de paternidad y alimentos preventivos, Proyecto de Ley N° 153/2016-CR. Este proyecto planteó como propuesta la modificación del Art. 424° del Código Procesal Civil Peruano y estableció el ADN como única prueba del proceso, a realizarse por el Instituto de Medicina Legal, en forma gratuita para la parte demandante, con cargo a devolución de los costos por el demandado si fuera fundada la demanda o por la parte demandante, si fuera infundada la demanda.

Respecto del análisis comparativo, se han comparado las legislaciones de España, Chile, Argentina y Ecuador. Los hallazgos se reseñan a continuación:

Tabla 2. Análisis comparativo de la legislación sobre filiación del hijo

País	Legislación	Artículo
España	Código Civil Español	Artículo 131°.- Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.

		Artículo 143°.- Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1°. Los cónyuges. 2°. Los ascendientes y descendientes (...)
Chile	Código Civil Chileno	Artículo 179°.- La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial (...). Artículo 186°.- La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación. Artículo 209°.- Reclamada judicialmente la filiación, el juez podrá decretar alimentos provisionales (...)
Argentina	Código Civil y Comercial de la Nación	Artículo 582°.- Reglas generales: (...) El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores (...) Artículo 586°.- Alimentos provisorios: Durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor (...). Artículo 664°.- Hijo no reconocido: El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado (...).
Ecuador	Código de la Niñez y de la Adolescencia	Art. 127.- Naturaleza y caracteres.- Este derecho ( <i>se refiere al de alimentos</i> ) nace como efecto de la relación parento-filial (...) Art. 131.- Situación de los presuntos progenitores.- El Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al Juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada (...)

Por otro lado, en cuanto a la incidencia de los procesos por demandas de alimentos y filiación extramatrimonial en la Corte Superior del Santa, se tiene lo siguiente:

Tabla 3. Numero de procesos aperturados en el año 2016

Juzgado	Materia	Número de Procesos
1ro de Familia	Alimentos	2
	Filiación	0
2do de Familia	Alimentos	4
	Filiación	0
3ro de Familia	Alimentos	3
	Filiación	1
1ro de Paz Letrado	Alimentos	488
	Filiación	24
2do de Paz Letrado	Alimentos	498
	Filiación	27
total		1047

Como se puede observar, la mayoría de casos corresponde a procesos por alimentos, que suman 995 casos, de los 1047 que se llevaron, es decir, 95% del total. Los casos de filiación son apenas 52 procesos, que corresponden a casi 5% del total.

## Discusión

De los resultados analizados en los documentos normativos nacionales se puede señalar lo siguiente: el Código Civil Peruano vigente, recoge tres categorías de hijos. Dos de ellas determinan el verdadero status de hijo, en el sentido estricto de la definición, es decir, aquella que está determinada por el vínculo paterno filial, ya sea por consanguinidad o legalidad (derivado de la institución de la adopción); estos son los hijos matrimoniales; frente a esa categoría, está la de los hijos extramatrimoniales. Son hijos matrimoniales, a tenor del Art. 361°, “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución (...)”; y son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio, pero cuya declaración de paternidad (a través del reconocimiento) haya sido afirmada de manera voluntaria o por disposición judicial (vía proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial).

Por otro lado, en la clasificación también están los denominados hijos alimentistas; aunque no se expresa literalmente su definición, es importante indicar que el Art. 415° señala claramente que estos son hijos nacidos fuera del matrimonio no reconocidos (voluntariamente); se inscriben en esa categoría en tanto no se encuentran amparados en ninguno de los supuestos de filiación extramatrimonial contemplado en el Art. 402°. Por lo tanto, solamente en su calidad de hijo alimentista se le reconoce el derecho a pedir una pensión de alimentos hasta la edad de 18 años y, excepcionalmente después de esta edad, siempre que adolezca de incapacidad física o mental.

Al amparo de lo expuesto, claramente se puede establecer que los hijos alimentistas no tienen el status legal de hijos, pues no tienen más derecho que el de reclamar una pensión de alimentos. Lo que los pone en una situación de desventaja legal respecto de los hijos matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos, a quienes les asisten iguales derechos y garantías reconocidos en la legislación constitucional y civil. Vale decir, entonces, que los hijos alimentistas no son hijos legalmente, y que su atención por la legislación nacional tiene su origen en un derecho natural y constitucional, ya que la vida humana y su dignidad son derechos fundamentales; en ese sentido, es deber del Estado y de la sociedad ofrecer las garantías necesarias para el desarrollo integral de todo individuo, como bien señala Cornejo (cit. en Cantuarias, 1987):

(...) el derecho a subsistir, el derecho, por tanto, a ser alimentado mientras no pueda valerse por sí mismo. Y por eso antes de que la beneficencia privada o pública o el Estado a través de la asistencia social asuma el problema de sustentar a tal hijo, la ley hace recaer la obligación en quien, no pudiendo ser señalado ciertamente como padre, puede serlo verosímilmente: aquél que, en la época de la concepción, mantuvo con la madre relación sexual.

Y sobre este último aspecto tratado por el autor, es importante indicar que, efectivamente, el legislador establece como condición para acceder al derecho alimentario del hijo alimentista, que se pueda probar la existencia de cópula sexual entre la madre y el supuesto padre durante la época de la concepción.

Por otro lado, la Ley N° 28457, vigente desde el año 2005, tiene por finalidad normar el proceso judicial para solicitar la declaración de paternidad extramatrimonial según los supuestos contemplados en el Art. 402° del Código Civil. A decir de Varsi (2006), esta norma fue iniciativa de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), con la finalidad de ofrecer un mejor acceso a la justicia, ya que en ese momento se llegó a detectar que había cerca de dos millones y medio de niños sin padre,

debido a que las madres litigantes no podían acceder a un proceso justo y sumario para validar la *filiación extramatrimonial*. Esta normatividad constituyó un avance normativo frente a la forma obsoleta de otorgar tutela jurisdiccional a los hijos extramatrimoniales que reclamaban el reconocimiento del vínculo paterno filial. Esta ley destaca, prioritariamente, el tratamiento legal para el supuesto contemplado en el Art. 402°, inciso 6: “Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza”; estableciendo como condición la oposición presentada por el supuesto padre demandado, quien deberá entonces someterse a la prueba biológica de ADN.

En cuanto a la Ley N°30628, es la tercera modificación que se hace a la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial desde su promulgación. La particularidad de esta norma radica en los alcances difundidos durante su promulgación, ya que fue presentada a los medios de comunicación como la Ley del ADN Gratuito. Sin embargo, esta ley, que se estructura en tres artículos, no contempla la gratuidad de la prueba genética, aunque sí modifica la carga económica del costo de la prueba, que se constituye en responsabilidad del demandado (supuesto padre), o de la parte demandante (si así lo considera) con cargo a su devolución, según lo dispuesto en la tercera parte del Art. 2° de la ley (Art. 6° agregado a la Ley N° 28457). Pese a la difusión errada de su contenido, es importante analizar algunos aspectos que trae consigo esta modificación:

- La continuidad del proceso, aun cuando el demandado no tenga domicilio conocido, sea inubicable o haya muerto (en estos casos, la toma de muestra para la prueba biológica de ADN se practicará al padre, madre o hijos del demandado, ya sea que esté vivo o muerto).
- La exoneración del pago de tasas judiciales (incorporado a través de la Quinta Disposición Complementaria de la Ley N° 28457), lo que facilita el acceso a la justicia de las madres litigantes que se encuentran en condición de pobreza, aunque Varsi (2006) objeta la omisión del legislador al olvidar exonerar, también, del pago de cédulas de notificación.
- La no exigibilidad de defensa cautiva o firma de abogado (modifica el Art. 424°, inciso 10 del Código procesal Civil), lo que constituye una facilidad para los justiciables de poder accionar sin mayores gastos procesales.

Asimismo, es importante señalar que, el legislador persiste en obviar el derecho a la identidad genética a la que tiene todo menor, consagrado en el Art. 6° del Código de los Niños y Adolescentes: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos (...)”; ya que la prueba biológica de ADN, se mantiene como prueba de descarte de la paternidad (por oposición del demandado); y, por ello, la no oposición, rebeldía o falta de pago de la prueba genética por parte del demandado, determinará que el juez declare la paternidad sin verificar biológicamente si existe carga genética o no entre el demandado y el menor, que no sólo busca vincularse a un padre, sino a su verdadero padre.

En lo que respecta al Proyecto de Ley N° 153/2016-CR, este proyecto planteó como novedad normativa el ADN como única prueba en el proceso de filiación, cuya responsabilidad de realización estaría a cargo del Instituto de Medicina Legal. Y aunque se consagra su gratuidad, esto no es del todo cierto, ya que en la segunda parte del Art. 6°, se



establece la devolución de los costos por el demandado, si la demanda fuera fundada, o por la demandante, si fuera infundada.

Sin embargo, el aspecto destacable de este proyecto es la potestad del juez para ordenar la prueba genética después de calificada la demanda (y siempre que el demandado no se hubiera allanado a la misma). Esto permitiría una mayor celeridad del proceso de filiación, ya que, además, tanto la calificación de la demanda como la prueba biológica de ADN y la sentencia deben de practicarse en un plazo de 48 horas; en la misma lógica, al Instituto de Medicina Legal se le confiere un plazo de siete (07) días para remitir los resultados. Con ello, la sentencia que declara la paternidad fijará preventivamente una pensión de alimentos a favor del menor, lo que permitiría una atención integral en la tutela del derecho al reconocimiento de la filiación extramatrimonial.

Entonces, se infiere que el motivo fundamental por la que se incorpora y mantiene en el Código Civil la figura de hijo alimentista es la necesidad de amparar los derechos de un menor (niño, niña o adolescente) cuya madre no puede con prueba fehaciente (Art. 402° del Código Civil) acreditar la filiación extramatrimonial entre su hijo y el supuesto padre; o no puede esperar, por necesidad económica, el trámite de un proceso judicial de filiación que, aunque en el Perú se considere sumario en teoría, en la praxis puede tomar un tiempo considerablemente riesgoso para la atención material y moral del menor.

En cuanto al análisis normativo internacional sobre el tratamiento del hijo alimentista y la filiación, el Código Civil Español, regula el derecho de acción para el reconocimiento de la filiación extramatrimonial, basada en la acreditación de la posesión de estado; se entiende que el estado se refiere a la convivencia entre el hijo y el supuesto padre (Art. 131°). No obstante, cuando esta normatividad regula el derecho alimentario (Art. 143°), dicho derecho está determinado por su origen en los vínculos conyugales y de parentesco; de allí que señale expresamente que se deben alimentos los cónyuges, ascendientes y descendientes; obviando en todo su texto legal referirse a la posibilidad de que el menor no reconocido pueda solicitar alimentos.

En el caso del Código Civil Chileno, en los tres artículos extraídos se contemplan normas más tuitivas y protectoras sobre los derechos de los menores (con respecto a la legislación española), ya que además de reconocer que la filiación tiene un origen matrimonial y no matrimonial (Art. 179°), regula el reconocimiento voluntario o mediante sentencia firme, previo proceso judicial, de la declaración de filiación (Art. 186°); y en el marco de este último presupuesto, la posibilidad (potestad) que tiene el juez de la causa de poder asignar una pensión provisional de alimentos (Art. 209°). Aunque cabe señalar que, en definitiva, tampoco esta legislación contempla la tutela para garantizar la subsistencia de una persona hasta que pueda valerse por sí misma, mediante el otorgamiento de una pensión de alimentos que obligue al supuesto padre, con quien el menor no se encuentre vinculado parentalmente.

Por otro lado, el Código Civil y Comercial de la Nación, en Argentina, sí regula la figura del hijo alimentista denominándolo hijo no reconocido (Art. 664°). Y a este hijo no reconocido se le otorga el derecho de demandar alimentos provisorios; pero, por el texto del articulado, se entiende que esta demanda se da en acumulación con el proceso de filiación, salvo el caso excepcional que se tramiten por separado y previamente a la solicitud de filiación, como se señala, “(...) Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación (...)”. Es decir, en el supuesto de accionar sólo la demanda de alimentos, el juez puede determinar una pensión provisional por un plazo determinado (no especificado en la norma),

condicionada a la obligación que tiene el hijo no reconocido de promover la acción de filiación

Finalmente, el Código de la Niñez y de la Adolescencia, en Ecuador, establece que los alimentos tienen su origen en la relación parento-filial (llamada paterno filial en la legislación peruana). Sin embargo, en el Art. 131°, el legislador ecuatoriano asume una posición más protectora, al regular la facultad que tiene el juez para ordenar que un presunto padre o madre cumplan con una pensión de alimentos a favor de un niño, niña o adolescente, aun cuando su paternidad o maternidad no hubieran sido judicialmente definidos.

En cuanto al análisis doctrinario, Varsi (2006) señala que en el Perú la forma en que se ha tratado la problemática de la filiación extramatrimonial ha sido variada. El proceso judicial de filiación de paternidad extramatrimonial ha pasado por distintas etapas normativas que han buscado mejorar su tratamiento procesal, como forma de garantizar una efectiva tutela jurisdiccional de los justiciables. En algunos casos, la resolución de las controversias se ha basado en las pruebas genéticas; en otros casos, en las decisiones de los jueces. Destaca, sin embargo, que a lo largo del tiempo la prueba pericial (prueba genética) ha adquirido mayor relevancia para la determinación de la filiación, ya que apunta a probar los *lazos biológicos familiares*. Con éstos, se generan una serie de derechos familiares y sucesorios que están fuera de la esfera del hijo alimentista, excepto el derecho alimentario, como señala Maldonado (2014).

Por su parte, Cantuarias (1987) realizó un análisis de la jurisprudencia nacional, y reconoce que hay dos formas de acceder al status de hijo, ya sea por el reconocimiento voluntario o a través de la declaración judicial de paternidad o maternidad. Y aunque plantea que la ausencia del reconocimiento llevaría a la ausencia de declaración de derechos, como el derecho alimentario, destaca lo expuesto por Cornejo en torno al derecho que ni la ley le niega al hijo. Por ello, concluye que la determinación del derecho de alimentos de los hijos alimentistas no está definido por la declaración de paternidad, sino por la prueba de la cópula sexual entre la madre y el supuesto padre. Finalmente, Maldonado (2014) señala que la pensión del hijo alimentista, es una presunción de paternidad sólo para el efecto alimentario, sin que constituya un verdadero estado paterno filial.

En consecuencia, como una seria implicación de la problemática, se considera que mientras el ordenamiento jurídico nacional no desarrolle un proceso efectivo y garantista que ampare los derechos de niños, niñas y adolescentes para determinar su filiación, queda siempre expedito su derecho para solicitar alimentos, en su condición de hijos alimentistas; considerando que este pedido se tramita como un proceso sumario (proceso único), donde no es necesario acreditar la coincidencia de carga genética entre el alimentista y el supuesto padre.

Por otro lado, en función de los resultados obtenidos en cuanto a procesos por demandas de alimentos y filiación extramatrimonial en la Corte Superior del Santa, destacan el total de 995 y 52 procesos, respectivamente. De esa manera, aparece como indiscutible la necesidad del justiciable al buscar tutelar un derecho material que garantice la subsistencia del menor, sobre su necesidad de reparar el interés moral del derecho a la identidad genética a través del proceso de filiación.

Al respecto, es posible que se cuestione que no es la gratuidad de la prueba del ADN la que traería como consecuencia la pérdida de la vigencia de los derechos que tiene un hijo alimentista (hijo no reconocido), tal como se formula en el problema de investigación. Porque el mismo artículo 415 del Código Civil está indicando que si se comprobara que el

demandado no es el padre, lo único que se pierde es la continuidad de seguir recibiendo la pensión alimenticia que venía recibiendo por mandado judicial; esto es, siempre y cuando el que fue demandado por alimentos bajo la presunción de paternidad, despejada la presunción, porque la prueba del ADN arroja un resultado negativo, proceda a demandar ante el mismo juzgado el cese de la obligación alimentaria.

Sin embargo, la figura legal del hijo alimentista tiene como finalidad (única) que el Estado garantice que el menor (no reconocido por el supuesto padre) le brinde un auxilio económico para su subsistencia, obviando de esta manera, todos los demás derechos que tienen los niños y niñas para garantizar su desarrollo integral (nombre, identidad, afecto, y derechos sucesorios). Se debe considerar en este punto que el Código Civil Peruano que regula la figura legal del hijo alimentista entró en vigencia en noviembre de 1984, y que las normas que garantizan el derecho de los menores en el Perú, al amparo de la doctrina de la protección integral del niño, surgen a partir de la reforma y vigencia del Código de los Niños y Adolescentes en el año 2000.

Entonces, si bien es cierto que la gratuidad no determinaría el vínculo paterno filial, sí sería determinante para permitir el acceso a una justicia más efectiva y garantista a favor de los menores. Por ende, si se aprobara esta gratuidad, habría que preguntarse cuán necesario sería que la legislación peruana mantenga vigente la figura legal de hijo alimentista que (después de un proceso judicial) sólo ofrece una pensión de alimentos. De allí que aquí se cuestione la vigencia (en el tiempo) del artículo 415°. En esa línea, en cuanto al uso de la palabra *vigencia*, cabe destacar que, además de su sentido literal y significación jurídica, en el análisis debe ser entendida como sinónimo de *utilidad* o *eficacia*.

En ese sentido, es posible que se cuestione que la intención ha sido la incorporación de la gratuidad de la prueba del ADN en los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial, como contribución al incremento de procesos orientados a la determinación de la filiación. Sin embargo, no es esa la intención de la investigación, ya que no se duda que los procesos se incrementarían; sino, más bien, acceder a un panorama real sobre el número de procesos por alimentos, en comparación con los de filiación.

## **Conclusiones**

La vigencia de la figura legal del hijo alimentista no está determinada sólo por la posibilidad de la gratuidad de la prueba biológica de ADN. Responde su vigor a la inmediata necesidad de verse asistido el justiciable (menor alimentista) a través de un proceso más sumario y en el cual no se necesita acreditar la filiación, para acceder a una pensión de alimentos. A pesar de las modificaciones normativas realizadas a la Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, la prueba biológica de ADN es considerada como una prueba de descarte, siempre que surja la oposición del demandado, sin considerar el derecho que tiene el menor litigante de acceder a su identidad genética, a través de la comprobación de la carga genética que le une al demandado, antes de la declaración de paternidad.

El análisis comparado de la legislación internacional muestra diferentes expresiones en torno a la filiación del hijo y a la figura legal de hijo alimentista, desde la posibilidad de que cualquier persona con legítimo interés actúe en favor de la declaración de filiación, que se sostiene en España, hasta la disposición del juez para obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona en quien se observan indicios suficientes, precisos y concordantes para fundamentar una convicción de paternidad o maternidad del demandado, que se dispone en Argentina. En todos los casos examinados

existe una lógica de protección máxima al menor, aun cuando no necesariamente se garantiza su reconocimiento al nivel de un hijo reconocido.

En cuanto a incidencia de procesos por demandas de alimentos de hijos alimentistas y de procesos de filiación en la jurisdicción de la Corte Superior del Santa, en la región Ancash, se encontró que la mayoría de casos corresponde a procesos por alimentos (995 casos, de 1047 procesos), es decir, 95% del total; y que los casos de filiación son apenas 52 procesos, que corresponden a casi 5% del total.

## Referencias

- Acedo, Á. (2013). *Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson.
- Aragón, J.U. (2016). *Retroactividad de la pensión para el menor alimentista*. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Andina del Cusco, Cusco, Perú.
- Arrunátegui, A. (2011). El Razonamiento Jurídico del Derecho Alimentario. *Revista Vinculando*, abril. Obtenido de [http://vinculando.org/documentos/el\\_razonamiento\\_juridico\\_del\\_derecho\\_alimentario.html](http://vinculando.org/documentos/el_razonamiento_juridico_del_derecho_alimentario.html)
- Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los derechos del niño*. Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989. Recuperado de [https://www.unicef.org/ecuador/convencion\\_2.pdf](https://www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf)
- Cantuarias, F. (1987). Derecho de Alimentos a favor del Hijo Alimentista. *Themis Revista de Derecho*, 8, 83-84.
- Código Civil de la República de Chile*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Código Civil y Comercial de la Nación*. (2014). 1ª. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- Código Civil. (2004). *Código Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Constitución Política del Perú*. (2017). Lima: Edición del Congreso de la República.
- Dávila, W. (s/f). El ADN y la filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Resultado legal*. Recuperado de <http://resultadolegal.com/adn/>
- Expediente N° 713-94, Lima, 16 de noviembre de 1994. En Ledesma, M. (1997). *Ejecutorias Supremas Civiles*. Lima: Legrima. pag. 226.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación científica*. México: McGraw Hill / Interamericana.
- Ley N°100. Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial, 737, 3 de enero de 2003.
- Ley N°27337. Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. *Diario Oficial El Peruano*, Lima, Perú, 07 de agosto de 2000.
- Ley N°28457. Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Diario Oficial El Peruano*, Lima, Perú, 07 de enero de 2005.
- Ley N°30628. Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Diario Oficial El Peruano*, Lima, Perú, 03 de agosto de 2017.
- Lopes, P. (2000). *Probabilidad y Estadística. Conceptos, Modelos, Aplicaciones en Excel*. Bogotá: Pearson Educación de Colombia.
- Maldonado, R. J. (2014). *Regular taxativamente la Obligación Alimentaria en una Unión de Hecho Propio*. Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho. Escuela de Postgrado, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú.
- Mejía, R. M. (2015). A propósito de la Asignación Anticipada de Alimentos que regula el Artículo 675° del Código Procesal Civil. *Revista Jurídica Científica SSIAS*, 10.
- Muñoz, C. (2011). *Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis*. México: Pearson Educación.
- Pérez, A. (2007). *El Método Comparativo: Fundamentos y Desarrollos Recientes*. Departamento de Ciencia Política, Universidad de Pittsburgh. Recuperado de <https://www.pitt.edu/~asp27/USAL/2007.Fundamentos.pdf>

- Plácido, A. F. (2011, 07 octubre). Los alimentos desde una perspectiva de Derechos del Niño [Mensaje en un blog]. Blog de Alex Plácido. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2011/10/07/los-alimentos-desde-una-perspectiva-de-derechos-del-nino/>
- Proyecto de Ley N°153/2016-CR, que crea el ADN Gratuito, Proceso Único de Filiación de Paternidad, Alimentos Preventivos.
- Ramos, J. A. (2005). *Elabore su tesis en Derecho. Pre y Postgrado*. Lima: San Marcos.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 206, 25 de julio de 1889. Ministerio de Gracia y Justicia. Referencia: BOE-A-1889-4763.
- Resolución Ministerial N°10-93-JUS. Texto Único del Código Procesal Civil.
- Torres, A. (2008). *Diccionario de Jurisprudencia Civil*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- UNICEF. (2006). *Convención sobre los derechos del niño*. Madrid: UNICEF.
- Varsi, E. (2006). *El Proceso de Filiación Extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica.

