



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA  
OMISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE  
LA PATERNIDAD  
EXTRAMATRIMONIAL: EN BUSCA  
DE LOS CRITERIOS DE VALUACIÓN  
EN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO  
MORAL

Karem Viñas-Ramírez

Piura, octubre de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Viñas, K. (2016). *Responsabilidad civil por la omisión de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial: En busca de los criterios de valuación en la indemnización por daño moral* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.

k-dh\Vo" @ ) # @ h\k' O \U @ @ V) - k-# \V\ # @ @ Vu\ ) - O' h° u-kV@° )  
- Uk° U° uk@ \V@ O'-V" yo#° ) - O o#k@-k@o) - t° Q° # @ V'-V O' @) - UV@° # @ V'  
h\k) ° Y\ U\ k° O



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

**KAREM YAZMIN VIÑAS RAMÍREZ**

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA OMISIÓN DE  
RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD  
EXTRAMATRIMONIAL: EN BUSCA DE LOS CRITERIOS DE  
VALUACIÓN EN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.**



**UNIVERSIDAD DE PIURA  
FACULTAD DE DERECHO**

**Tesis para optar el título de abogado**

**2016**



## **APROBACIÓN**

Tesis titulada *“Responsabilidad civil por la omisión de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial: En busca de los criterios de valuación en la indemnización por daño moral”*, presentada por la bachiller Karem Yazmin Viñas Ramírez en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Claudia Morán de Vicenzi.

---

Director de tesis



## **DEDICATORIA**

A mi Sagrado Corazón de Jesús, a la Virgen María, a mi madre que hizo posible que llegue a cumplir cada una de mis metas propuestas, a través de su ejemplo de sacrificio y lucha constante, y a mis tres hermanas quienes me han brindado en todo momento su apoyo de manera incondicional.



## **AGRADECIMIENTO**

Un agradecimiento especial a mi asesora de Tesis, Dra. Claudia Morán de Vicenzi, en quien he visto reflejado su verdadero amor por el Derecho, a través de su confianza, apoyo y dedicación para que este trabajo de investigación salga adelante.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPITULO I. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADA DE LAS RELACIONES DE FAMILIA</b> .....	7
1.1. Breve panorama general.....	7
1.2. Un enfoque general sobre la evolución del Derecho de Familia y su influencia sobre el Derecho de Daños.....	8
1.3. Reparación del daño en el Derecho de Familia.....	10
1.3.1. Las relaciones de familia y la atribución de responsabilidad.....	11
1.3.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad en el Derecho de Familia .....	13
<b>CAPITULO II. EL RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES</b> .....	15
2.1. La filiación .....	16
2.2. Clases de Filiación .....	17
2.2.1. Filiación matrimonial .....	18
2.2.2. Filiación extramatrimonial .....	19
2.2.3. Filiación adoptiva.....	20
2.3. El reconocimiento .....	21
2.3.1. Características .....	22
2.3.2. Efectos jurídicos.....	25
2.4. El reconocimiento y la protección del derecho a la identidad .....	26
2.5. El derecho a la verdad biológica .....	29
2.6. El derecho a saber y llevar los apellidos de los progenitores.....	30

<b>CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD POR NO RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL: APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL</b> .....	33
3.1. Introducción.....	33
3.2. Presupuestos de la responsabilidad civil .....	35
A. La Antijuricidad .....	35
B. El Daño.....	38
a) Daño moral .....	39
b) Daño material.....	40
C. Nexo de causalidad .....	41
D. Factor de atribución.....	42
3.3. Causales de exoneración o atenuación de la responsabilidad.....	44
a) Desconocimiento de la existencia del hijo .....	44
b) Ejercicio tardío de las acciones de filiación .....	48
3.4. Legitimados para demandar la indemnización de daños .....	50
<b>CAPITULO IV. DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALUACIÓN EN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LA OMISION DE RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL</b> .....	53
4.1. El daño moral. ¿Es posible su real cuantificación? .....	53
4.2. La medida del daño. La difícil tarea de su cuantificación y su especial apreciación judicial .....	55
4.3. Tratamiento desde una perspectiva del derecho comparado sobre la determinación de los criterios de cuantificación del daño .....	58
4.4. Elementos de tipo subjetivo de especial atención por el juez.....	61
a) El principio de la reparación integral del daño .....	66
b) El principio de interés general del niño.....	68
4.5. Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la reparación del daño subjetivo por el juez .....	71
a) Criterio económico.....	72
b) Criterio sociocultural.....	72
c) Psicológico .....	73
<b>CONCLUSIONES</b> .....	77
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	81

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo de investigación, va dirigido a propiciar la introducción de la responsabilidad civil por la omisión del reconocimiento de la paternidad voluntaria del hijo extramatrimonial en el Código Civil, ya que los principios generales que regulan la misma extiende su aplicación a distintas ramas del derecho, dentro de las cuales se encuentra el Derecho de Familia y a la vez se busca determinar los daños generados en la persona del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente, en particular, sobre el derecho a la identidad en relación a su realidad biológica a sus caracteres físicos y a su realidad existencial propia del tiempo transcurrido entre la concepción y el emplazamiento producto del pronunciamiento judicial en un juicio de reclamación de filiación extramatrimonial. El tratamiento de este tema de investigación, incide directamente en el crecimiento que ha experimentado en el mundo jurídico, la consideración de la persona como centro de protección, quedando desfasada la concepción del Derecho de contenido patrimonial y escaso de valores humanos. Este nuevo planteamiento, permite el desarrollo del derecho, el mismo que incide directamente en la persona, surgiendo la obligación de destinar los esfuerzos al estudio de distintos aspectos que se encuentran vinculados, como es el caso del daño a la persona.

En definitiva, lo que se busca en el presente trabajo es esclarecer si la omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad puede por sí mismo desencadenar daños en el sujeto no reconocido, así como también el determinar qué tipo de daños son susceptibles de ser indemnizados y si esos daños deben o no ser reparados en relación a la configuración de los presupuestos que enmarcan la responsabilidad civil. Actualmente en

nuestro país, no encontramos un tratamiento legal específico en el que se sancionen los daños originados en las relaciones familiares, situación que ha llevado a los jueces a emitir sentencias muy limitadas y escasas de fundamentos en éste ámbito, mientras que en otros países, como el caso de Argentina, sí se ha logrado incorporar en su ordenamiento jurídico normas que respaldan el tratamiento de los daños desarrollados en las familias. Por ello, el no tener un tratamiento legal concreto, no debería llevar a los órganos de justicia a tolerar conductas desorientadas socialmente, al quedar sin un debido resarcimiento del daño, por el hecho de no presentar una normativa adecuada, cuando existe un continuo reclamo social que exige castigo respecto de quienes observan conductas reprobables de este tipo.

La Filiación en nuestro país si bien adquirió rango constitucional en el año 1979 y luego fue integrado en nuestro Código Civil de 1984 eliminando distinciones entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, esto no apaciguó las miles de demandas por paternidad ya que el reconocimiento de un hijo es fundamental en la pareja y el no hacerlo formalmente puede llevar a complicaciones en la tramitación de la inscripción del niño por parte de solo uno de los padres. Actualmente en nuestro país, miles de niños no cuentan con una figura paterna ni con el apellido de este y mucho menos con una protección jurídica adecuada, por lo que es de urgencia promover una adecuada solución a este problema de carácter no solo social sino también jurídico, se necesita proteger jurídicamente a los menores que se convierten en víctimas de este flagelo social, ya que al quedar en un estado de desamparo estos crecen con un daño injusto generado no sólo por el no reconocimiento voluntario de sus padres, sino también como consecuencia de ese desamparo jurídico que no brinda la protección jurídica que se requiere.

El no reconocimiento voluntario de la paternidad, es un hecho ilícito que debe ser considerado civilmente censurable, ya que la omisión dolosa del reconocimiento atenta contra un derecho constitucionalmente protegido como es el derecho a la identidad. Este derecho constitucional va desde el derecho a ser uno mismo y no otro, el de conocer su historia genética, cuáles fueron sus orígenes o raíces biológicas, a saber quiénes son sus ancestros, a qué ambiente cultural y grupo racial pertenece. A la vez, la omisión por parte del padre que no acepta la paternidad, impide al menor gozar de un apellido el mismo que le pertenece como un atributo de toda persona; inclusive coloca al menor en un estado de familia

parcialmente falso o incompleto. Estos casos de responsabilidad civil, son generados en una relación paterno-filial, cuando el daño ocasionado al menor proviene de la violación culposa del derecho a conocer sus orígenes y de gozar de una relación filiatoria. En consecuencia, no podemos permitir dar la espalda a una realidad jurídica social, realidad que requiere observar determinadas conductas en el ámbito familiar que desencadenan responsabilidades jurídicas por omisión voluntaria de los padres al reconocimiento, pues de esta manera los jueces cumplirían un rol determinante en la solución de estos casos, mediante la aplicación de los principios generales que surgen de la responsabilidad civil, y consecuentemente se logre avanzar hacia el resarcimiento del agravio moral y patrimonial originado por el desconocimiento filiatorio.

Finalmente, en lo que respecta a la estructura de éste trabajo de investigación, he creído conveniente dividirlo en cuatro capítulos: el primero de ellos, presenta un carácter introductorio en lo referido a la responsabilidad por daños derivado de las relaciones familiares y todo lo referente a su panorama general. A su vez, se ha desarrollado conjuntamente, así como de forma muy breve, la evolución del Derecho de Familia en cuanto a sus instituciones familiares y la influencia jurídica en el Derecho de daños. Por último, en lo que respecta a la reparación del daño en el Derecho de Familia, se ha prestado un especial análisis a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil y la atribución de dicha responsabilidad dentro de los miembros que integran la misma.

En el segundo capítulo, se desarrolla de forma general los tipos de filiación así como el reconocimiento de la paternidad, sus características y alguno de los efectos que este acto jurídico produce, desarrollando de forma breve alguno de ellos, sin que deba entenderse como los únicos establecidos por nuestro ordenamiento. A su vez, de la mano del reconocimiento, se ha considerado el análisis de tres derechos protegidos constitucionalmente, los cuales son transgredidos al no reconocerse la paternidad de forma voluntaria de los hijos, estos son el derecho constitucional a la identidad, el derecho a la verdad biológica y finalmente el derecho a saber y llevar los apellidos de los progenitores.

En la tercera parte de este trabajo de investigación, se hace un breve análisis de cada uno de los elementos o presupuestos de la Responsabilidad Civil, pero en base al supuesto de hecho que ocupa la presente investigación, es decir, la omisión de reconocer de forma voluntaria la paternidad de los hijos. El análisis de estos presupuestos, permite identificar cuál es el evento dañoso que origina la existencia de un supuesto de responsabilidad civil, ya que la configuración de forma conjunta de cada uno de ellos, lleva a que se determine la necesidad de resarcir los daños ocasionados a la víctima, es decir, al hijo no reconocido. De igual forma, el supuesto de hecho analizado, presenta unas causales de exoneración o atenuación de la responsabilidad civil, ya sea por el desconocimiento del padre de la existencia del hijo, como consecuencia de la omisión de la madre de poner en conocimiento del mismo de su estado, así como también por el ejercicio tardío de la acciones de filiación por parte de la madre.

Por último, el cuarto capítulo busca explicar la necesidad que existe hoy de establecer unos parámetros de cuantificación determinados, de manera que en la práctica judicial, se pueda realizar una debida valoración de los daños ocasionados al hijo no reconocido. Se inicia dicho capítulo, analizando si el daño moral puede ser cuantificado realmente, y de ser así, cuáles serían las implicancias de su posible cuantificación. A la vez, se da una pequeña mirada al derecho comparado de manera que se pueda entender un poco más acerca de la problemática de la cuantificación de la indemnización por daño moral, así como de los criterios de valoración seguidos por el derecho comparado argentino, brasilero y español; seguidos por dos elementos de tipo subjetivo que han sido incorporados y analizados, con la finalidad de integrarlos en la práctica jurídica al momento de fundamentar las sentencias emitidas en procesos de indemnización por daños y perjuicios y determinar la cuantía del resarcimiento por el daño ocasionado, estos son el principio de la reparación integral y el principio de interés general del niño.

Cabe señalar, que el presente trabajo de investigación ha sido analizado en base al daño ocasionado a la víctima, ya que cada uno de los elementos de la responsabilidad civil y los criterios de determinación del daño propuestos, giran en torno al menor de dieciocho años no reconocido por su padre, es decir, de aquel que ejerce su derecho a acudir a los órganos judiciales a exigir el resarcimiento de los daños bajo la representación de su madre.

El derecho de accionar del mayor de edad, no ha sido objeto de análisis en este trabajo de investigación, ya que el momento de la valoración del daño que se ha considerado, sería desde que el padre toma conocimiento de la real relación de filiación y el no querer reconocer de forma voluntaria dicha paternidad de su menor hijo, por cuanto lo que suceda después de adquirir la mayoría de edad no ha sido considerado en el presente trabajo, el cual espero, pueda ser objeto de estudio en mis próximas investigaciones.



# **CAPÍTULO I. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES EN EL DERECHO DE FAMILIA**

## **1.1. Breve panorama general**

Una de las principales funciones que cumplen las instituciones jurídicas, es la de encontrar respuestas jurídicas a problemas, cuyo origen en algunas situaciones, pueden ser de tipo universal. Las instituciones jurídicas se presentan como intentos circunstanciales, que utilizan valores, técnicas y conocimientos de cada época, con la finalidad de lograr la mejor solución acorde con las circunstancias. Sin embargo, el problema puede llegar a presentarse a lo largo del tiempo, pero de alguna forma las respuestas y soluciones que se logran encontrar a cada problema va a depender mucho de las ideas, medios y circunstancias de cada época que las alberga.

En las últimas décadas del siglo XX, se ha experimentado un especial vuelco en el plano conceptual y sistemático en lo referido a la responsabilidad civil, lo que hoy suele denominarse como Derecho de Daños. Esto, nos lleva a darle un tratamiento adecuado y a la vez comprensible a la temática establecida en el artículo 1984 de nuestro Código Civil peruano, sobre todo en lo que respecta a su naturaleza, consecuencias y reparación del daño moral. Es relevante ante tal situación, dar previa cuenta del contexto en el que se produce dicho

cambio en el plano jurídico contemporáneo y las razones existentes que lo fundamentan.

Este panorama jurídico descrito, es plenamente perceptible a la vez en el Derecho de Familia, debido al sin número de litigios derivados de las relaciones familiares. Paralelamente, el crecimiento de la tratativa brindada al Derecho de Daños, ha ido expandiendo sus efectos en buena parte de todo el Derecho privado.

Hoy la sociedad se caracteriza por sostener un criterio económico muy marcado en relación a la responsabilidad extracontractual, es decir consideran al sistema jurídico como un mecanismo que persigue asignar individualmente y de forma eventual ciertas pérdidas económicas de acuerdo a criterios que la sociedad considera como justos. Pero si nos referimos al daño, quien lo sufre directamente es la víctima y el sistema jurídico al no poder cambiar este hecho, lo único que puede lograr es calmar los problemas económicos desligados del mismo daño ocasionado. Es una realidad, el afirmar que el derecho atraviesa por una nueva situación en la que no será muy sencillo el entender los nuevos alcances de la noción de daño moral y su ubicación sistémica dentro del mundo de la responsabilidad civil. Sin embargo lo que se busca actualmente, es encaminar el derecho hacia una tendencia mucho más humanizada, a través de una amplia y oportuna protección del ser humano<sup>1</sup>.

## **1.2. Un enfoque general sobre la evolución del Derecho de Familia y su influencia sobre el Derecho de Daños**

“El Derecho de Familia estaba basado en la autoridad del *pater*, el Estado tenía poca injerencia en el seno de la familia, los poderes patriarcales y maritales eran casi omnímodos, la mujer no tenía igual derecho que el hombre, los niños eran considerados personas sólo en la letra de la ley, la patria potestad era concebida como un conjunto de derechos, no existía la posibilidad de contratación entre cónyuges y la

---

<sup>1</sup> Cfr. BARBOZA BERAÚN, E. [et al.]. *Tratado de Responsabilidad Civil contractual y extracontractual: comentarios a las normas del código civil. V.2, Responsabilidad extracontractual*, 1° ed., Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 246.

autonomía de la voluntad no tenía ninguna cabida en la organización familiar”.<sup>2</sup>

Todas estas circunstancias de tipo temporal, desarrolladas dentro de las familias, limitó mucho la aplicación de la responsabilidad civil al Derecho de Familia entre el siglo XIX y parte del siglo XX, pues no era viable entre los miembros de la familia ningún tipo de indemnización respecto a los daños que se pudiesen desencadenar dentro de ellas; todo esto propiamente por los diferentes enfoques que caracterizaba tanto al Derecho de Familia y a la Responsabilidad Civil.<sup>3</sup> Sin embargo, la mínima intervención del Derecho Privado en el Derecho de Familia, se debe al paulatino desarrollo que ha venido presentando el Derecho Privado en los últimos años y particularmente por la concepción que se tenía de la familia, lo que hacía mucho más difícil admitir que se exigiera entre sus miembros un tipo de indemnización por los daños que se desencadenaran de unos a otros.

Es necesario resaltar, que la evolución de las costumbres y las reglas morales de cada época, han cumplido un papel trascendental en la evolución del Derecho de Familia, sobre todo en lo que respecta a la concepción propiamente de lo que es la familia. Cada época ha ido alimentando sus directrices y características, dirigiendo los esfuerzos por dar una mayor protección a los miembros que la componen, cumpliendo para este fin un papel trascendental el énfasis de concebir a la familia como una institución de estructura unitaria, cuyo papel fundamental hoy en día es la de encontrarse como el pilar fundamental de la sociedad.

Las instituciones jurídicas, han ido evolucionado con el paso del tiempo, debido a la necesidad de otorgar a cada uno de los miembros integrantes de las uniones familiares, una mayor protección jurídica. Al ser considerada la familia, una de las piedras angulares de la sociedad, fue indispensable diseñar mecanismos jurídicos diversos con el fin de atender necesidades propias de esta estructura unitaria. Esto, a su vez, ha permitido que el Derecho Privado evolucione de la mano de estas circunstancias temporales, siendo un reflejo de ello la obligación de

---

<sup>2</sup> MEDINA, G., *Daños en el Derecho de Familia*. 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 19.

<sup>3</sup> *Cfr. Ibíd.* p. 19.

reparar los daños que puedan ser causados entre los miembros de la familia.

GRACIELA MEDINA, manifiesta que “en la actualidad, la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto a la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico. El sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar”.<sup>4</sup>

En consecuencia, la posición establecida por la citada jurista, nos permite entender de forma clara y concreta lo que ha ido sucediendo en el plano de la Responsabilidad Civil y el Derecho de Familia, sobre todo en lo relacionado al efecto que ha ocasionado el reconocer que la persona humana es la centralidad del derecho y por ende debe quedar atrás cualquier perspectiva desfasada sobre las obligaciones que se pudiesen desarrollar entre los miembros de la estructura familiar, como es el caso de la indemnización por daños. Todos estos efectos, son producto tanto del replanteamiento o avance que ha presentado el Derecho de Familia, así como por la evolución de los principios clásicos de la responsabilidad civil, por ello es labor de cada operador jurídico el comprender en qué medida es que deberán de aplicarse estos principios en el Derecho de Familia, así como el de mantener un especial cuidado en la tratativa brindada a cada institución familiar que la compone.

### **1.3. Reparación del daño en el Derecho de Familia**

El daño resarcible en el plano del Derecho de familia, ha ido evolucionando con el paso de los años debido al constante dinamismo que caracteriza a la ciencia del Derecho. Sin embargo, el aspecto temporal no es el único factor que ha contribuido en su evolución, sino también los aspectos de carácter social e ideológico, los mismos que han marcado notoriamente la incorporación, así como también su negativa, de reparar los daños que se presenten dentro de las relaciones familiares.

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*, p. 21.

### 1.3.1. Las relaciones de familia y la atribución de responsabilidad

Hoy en día la reparación del daño en las relaciones de familia, tiene un tratamiento mucho más sensible, luego de haber superado la tradicional idea de que la responsabilidad civil era ajena al Derecho de Familia. Sin embargo, estas consideraciones van de la mano con una de las peculiaridades del Derecho de Familia, es decir el de brindar una especial protección al alto contenido ético que caracteriza a las relaciones que regula, lo que lleva a la necesidad de brindar un especial cuidado a las cuestiones de carácter patrimonial que prevalecen, aunque ahora en menor grado, sobre los aspectos de tipo personal y social propio de todas las relaciones familiares. Nuestro Código Civil de 1984, presenta notas netamente humanistas, rompiendo el esquema patrimonialista que imperaba en el ya derogado Código de 1936 en relación a las características doctrinarias de dicha época. Esto explica la especial y necesaria protección que se le debe brindar a la persona humana, toda vez que ésta forma parte integrante de las relaciones familiares, que ante alguna situación particular deberá ser atendida de forma justa ante cualquier necesidad de reparación.

El tratamiento del daño a la persona y su incorporación en el Código Civil de 1984, no hace más que explicar la importancia brindada a la persona humana, al buscar su tutela unitaria e integral ya que su protección se ve reflejada en las diversas maneras de ser del hombre, el mismo que se ve incluido en el ordenamiento jurídico, en éste caso en lo referido a la responsabilidad civil. Sin embargo para RICARDO J. DUTTO respecto a los miembros de familia opina que: “El integrante de la familia, antes que pariente es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre limitaciones en sus prerrogativas fundamentales por el hecho de enfrentarse a otros miembros de la familia. El *status familiae* no tiene por qué modificar radicalmente el sistema de responsabilidad”.<sup>5</sup>

Concuerdo con la posición mantenida por el tratadista argentino, en lo referente a la necesidad de dar protección a la

---

<sup>5</sup> DUTTO, R., *Daños ocasionados en las relaciones de familia.*, 1ª ed., Editorial Hammurabi, 2006. p 55.

persona humana independientemente de que sea miembro de la familia, porque ningún estado o posición dentro de un grupo familiar puede justificar su protección ante una situación que le genere un daño, siempre y cuando se mantenga un especial cuidado con la estabilidad de la familia o la unidad de sus miembros. Se entiende que la unidad familiar deberá de prevalecer, pero esto no deberá ser atendido como un tipo de justificación ante la necesidad de reparar el daño, ya que éste no deja de ser injusto.

Lo dicho hasta aquí supone entender, que la responsabilidad civil presenta un papel trascendente en el plano de las relaciones de familia ya que concibe y a la vez defiende que cualquier daño producido en perjuicio de un miembro de la misma, deberá ser reparado en cumplimiento de las normas que ella regula, en aras de la protección de la persona humana así como la búsqueda de la conservación de la familia.

Es importante resaltar, que el derecho otorga a cada miembro de familia un conjunto de derechos y obligaciones de tipo subjetivo, los mismos que brindan una especial protección a sus intereses legítimos en el ejercicio de sus relaciones jurídicas, ya sean de tipo patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo, cualquier incumplimiento de las obligaciones nacidas dentro de este vínculo familiar, será reconocido como un hecho ilícito o antijurídico, por lo que su autor será responsable por los daños ocasionados, y la gradualidad de la misma dependerá – atendiendo al orden público de las normas del Derecho de Familia – de los efectos generados por el hecho dañoso. La situación que se aborda, pone de manifiesto que existe un deber familiar que obliga a cada uno de los miembros de la familia a no causar daño a otro, por lo que los sujetos vinculados por la causa o evento dañoso deberán de encontrarse exclusivamente unidos por un vínculo familiar.

Un sector minoritario de la doctrina argentina, considera que la aplicación de la responsabilidad civil en las relaciones de familia tiene un trasfondo de tipo ético. Sin embargo para otros, el solicitar un tipo de indemnización o reparación presenta una connotación contraria a la moral y a las buenas costumbres porque atacan la

sensibilidad del sujeto dañado.<sup>6</sup> Sin embargo, defiendo la postura del sector minoritario, por cuanto no es contrario a la moralidad y a la ética el requerir un tipo de resarcimiento, ya que los derechos han sido atribuidos a cada persona para ser ejercidos de forma correcta, y ante cualquier tipo de vulneración de los mismos se pueda acceder – sin ningún perjuicio externo – a solicitar se repare cualquier daño ocasionado. El solicitar una reparación, no implica obtener un mero beneficio económico por cuanto su connotación no es de tipo lucrativo, sino por el contrario lo que busca es restablecer de forma justa cualquier perjuicio ocasionado en detrimento de la persona humana.

### **1.3.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad en el Derecho de Familia**

Con respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad en el Derecho de Familia, se concibe a la misma, como una de tipo extracontractual, ya que las relaciones familiares no se encuentran mediadas por un contrato previo, es decir, no media entre ellos ninguna relación jurídica contractual, en la que sus miembros se hayan obligados a cumplir una serie de obligaciones determinadas. Por el contrario, la responsabilidad desencadenada entre los miembros de una familia, se debe a que los mismos se encuentran sujetos a deberes genéricos, como es el caso por ejemplo, de no dañar a otro. Este tipo de responsabilidad, no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino de la violación del deber general de no dañar a los otros.

Sin embargo, pese a que en el caso del vínculo matrimonial, si se requiere de un negocio jurídico preexistente, dicha excepción, no puede ser utilizada como un fundamento generalizador que entienda a la responsabilidad en el derecho de familia, como una de tipo contractual. ZANNONI explica sin embargo, “que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y más aún, que ese dolor o, en general, sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significa que no sea susceptible de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se

---

<sup>6</sup> Cfr. MÉNDEZ COSTA, M., *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia.*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2006, p. 368.

hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etcetera. La apreciación pecuniaria cumple más bien un rol satisfactorio, en el sentido de que se repare el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que fueron afectadas”.<sup>7</sup> En este sentido, podemos afirmar, que la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil se caracteriza por ser una de tipo extracontractual, ya que cualquier violación a los deberes familiares nacidos de un vínculo jurídico familiar, encuentran su origen en el deber genérico de no dañar a otros.

En lo que respecta al resarcimiento otorgado a la víctima, en el ámbito del derecho de familia, el equivalente recibido se caracteriza por ser una de tipo resarcitorio, lo que indica que dicha suma deberá de tener una estrecha relación con los agravios producidos, mas no por la culpa que pudiera tener el ofensor. Queda claro sin embargo, que el resarcimiento del daño tendrá como fin llevar las cosas al estado anterior en el que se encontraban, salvo si fuera imposible. Los daños derivados del incumplimiento de los deberes familiares, pueden ser pasibles de reparación, aunque claro está que en la mayoría de los casos no es posible volver las cosas al estado anterior, bien porque es imposible volver el tiempo atrás o porque el sufrimiento de la víctima no puede lograr borrarse. Finalmente, es de saber que la responsabilidad civil en las relaciones de familia, se encuentra sometida a las reglas generales del sistema, por ello los criterios de aplicación deberán de tomar en cuenta sus características, relacionándola con los intereses superiores presentes en la constitución de la familia.

---

<sup>7</sup> ZANNONI, E., *El daño en la responsabilidad civil*, 1ª ed., Astrea, 1993, p. 305.

## **CAPÍTULO II. EL RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES**

Antes de entrar a abordar el tema central del presente capítulo, en primer lugar me permitiré hacer unas pequeñas precisiones con respecto a la regulación de la filiación matrimonial y extramatrimonial en nuestro ordenamiento jurídico. Por el principio de igualdad de categorías de filiación matrimonial y extramatrimonial, todos los hijos presentan iguales derechos y deberes frente a sus padres. “En tal virtud, los prejuicios que sustentaban la desigualdad de trato entre los hijos en la legislación anterior desaparecieron”.<sup>8</sup> “Ahora los hijos matrimoniales y extramatrimoniales se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley”.<sup>9</sup> El principio de igualdad de categorías de filiación cumple un papel importante, en cuanto brinda un idéntico tratamiento respecto de los efectos de la ley frente a las relaciones jurídicas que encuentran su origen en la procreación humana. Es por ello, que el verdadero alcance de la ley, es la de reconocer la existencia de una relación matrimonial y extramatrimonial sin hacer de ellas algún tipo de discriminación, por lo que la identidad entre ambos radica en que se les otorgue los mismos derechos y obligaciones a ambos, igualmente en lo que respecta al trato ante sus padres. Finalmente, se debe entender por tanto, que la ley no hace distinciones entre los hijos en función de su origen, por el contrario la distinción se da en orden a la determinación de la filiación.

---

<sup>8</sup> PLACIDO, A., “El petitum y la causa petendi en la reclamación de paternidad extramatrimonial” en *Gaceta Jurídica*, N° 40, 2002, p.34.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 35.

## 2.1. La filiación

La palabra filiación, encuentra su origen en el latín *filius*, que significa “hijo”, y a su vez la Real Academia Española la define como la “procedencia de los hijos respecto a los padres”. Entonces, se entiende a la filiación como aquella relación jurídica generada en la condición de ser padre y madre, es decir aquella relación que nace propiamente de la paternidad y la maternidad en su relación con los hijos dentro de la familia<sup>10</sup>. Esto nos lleva a evidenciar, que la filiación se caracteriza por tener una doble connotación, una de tipo biológica y una jurídica, ya que encuentra su existencia en la procreación, al constituir un presupuesto biológico en la determinación de la relación jurídica paterno- filial.

Considero sin embargo, que la procreación si bien produce una serie de vínculos jurídicos, este hecho biológico no es el único determinante en la formación de las relaciones jurídicas que se producen entre los padres e hijos, sino que ésta correspondencia también puede encontrarse en un hecho no biológico, como es el caso de la adopción. Como bien hace referencia el jurista argentino EDUARDO ZANNONI sobre la procreación, entiende que se trata de un hecho biológico que actúa como un presupuesto en la configuración de la filiación; sin embargo esto no sería un factor excluyente para entender a la procreación sin filiación, es decir, sin que para ello no exista una discordancia entre el presupuesto biológico (procreación), y el vínculo jurídico (filiación).<sup>11</sup> De esta manera entonces, queda expuesto que la filiación sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que se establecen entre padres e hijos, generando así una serie de derechos y obligaciones propio de los padres así como de los hijos. En consecuencia, la filiación será entendida como aquella relación que vincula al hijo con sus padres, por lo que en un primer momento debe entenderse a la procreación, como un acto indispensable para la generación de aquellos efectos jurídicos entre el padre con su hijo, independientemente de si éste presenta un origen biológico o no.

Sobre lo mencionado anteriormente, el jurista MANUEL ALBALADEJO señala que: “Si quienes figuran ante la ley como padres de sangre de un hijo, lo son en realidad natural, ese hijo tendrá legalmente

---

<sup>10</sup> Cfr. ZANNONI, E., *Derecho Civil: Derecho de Familia. Tomo II*. 3° ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 307.

<sup>11</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 308.

los padres que le corresponden por naturaleza. Es de decir, estarán ligados en el estado de filiación legal los que de verdad son padres e hijos biológicos. Si los que ante la ley figuran como padres de sangre de un hijo, no lo son en la realidad natural, éste no tendrá los padres legales que le corresponden por naturaleza.”<sup>12</sup> Mientras tanto, no podemos pretender generalizar la determinación de la filiación a un hecho de tipo biológico, por referirnos en este caso a la procreación, ya que no siempre encontrarán coincidencia las realidades de tipo biológicas como jurídicas, pues existen tantos supuestos de hecho que resquebrajan estas generalizaciones, olvidando que en muchas situaciones los hijos no son reconocidos por sus padres porque deciden no hacerlo, así como también niños que han sido abandonados por sus propios padres impidiendo que se concrete la atribución de un estado filiatorio. Un claro ejemplo de lo mencionado, es la típica filiación adoptiva, donde los padres que deciden adoptar adquieren una posición legal de padres, aunque estos no lo sean biológicamente.

## **2.2. Clases de Filiación**

Nuestro ordenamiento jurídico distingue y regula dos tipos de filiación, una filiación de tipo matrimonial y otra de tipo extramatrimonial. Respecto de la filiación matrimonial, se encuentra regulada en los artículos 361 al 385 y está ubicado en el Título I de la Sección Tercera del Código Civil. Mientras que la filiación extramatrimonial, encuentra su regulación en los artículos 386 al 414 del Título II de la Sección Tercera del Código Civil. Anteriormente se señaló, que la filiación presenta su origen en una relación de tipo biológica entre los padres y los hijos por el hecho de la procreación. Pese a ello, la determinación de la paternidad y la maternidad puede extenderse en una relación ajena a la biológica, como es el caso de la adopción. Sin embargo, nuestro ordenamiento ha optado por reconocer a la adopción como una filiación de tipo matrimonial, cuando ambas encuentran su origen en situaciones jurídicas distintas. Creo oportuno dejar en claro, pese a que la norma reconoce a la adopción como una filiación de tipo matrimonial, que existe diferencia entre una y la otra, por ello sería adecuado entender a la adopción como un tercer tipo de

---

<sup>12</sup> ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil: IV Derecho de Familia*. 10º ed., Edisofer, Madrid, 2006, pp. 207 y 208.

filiación. A continuación, desarrollaré los tipos de filiación de acuerdo a lo establecido por la doctrina:

### **2.2.1. Filiación matrimonial**

“Son matrimoniales, no los hijos habidos del matrimonio, como podría parecer, sino los hijos de personas unidas en matrimonio, o que lo estuvieron, aunque después éste hubiere acabado por la causa que fuese. Los hijos de personas no casadas entre sí, son no matrimoniales. Esto que se dice de ser matrimoniales los hijos de quienes estuvieron unidos en matrimonio, se sobreentiende que no es para los hijos habidos después de haber cesado el matrimonio, porque lo que hace matrimonial es el venir de matrimonio el hijo, o ser el matrimonio posterior a haber venido el hijo”<sup>13</sup> Dicho lo anterior, la filiación de tipo matrimonial, implica que el hijo nacido durante el vínculo matrimonial o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tendrá por padre al marido. A partir de lo establecido en el artículo 361 de nuestro Código Civil, se afirma lo establecido mediante el principio romano *mater semper certa est*, donde la maternidad siempre será cierta al ser una condición biológica evidente mediante el embarazo. Esto implica por tanto, que existen elementos que no alteran su determinación, como son el caso del parto y la identidad del hijo nacido, pues estos resultan operar como prueba suficiente para acreditarlo. Sin embargo, el problema surge al momento de establecer la paternidad, ya que los elementos de prueba no resultan ser tan evidentes y fácil de prueba como los de la maternidad.

En cuanto al establecimiento de la paternidad, se entiende que la acreditación de la filiación de los hijos matrimoniales, se da de forma conjunta entre el padre y la madre. Una vez demostrada la maternidad, en aplicación del principio de indivisibilidad de la paternidad, siempre queda manifiesta la paternidad del marido sin perjuicio de que posteriormente pueda esta ser impugnada. Esta filiación, encuentra su origen en lo establecido en el artículo 361 del Código Civil, sobre la presunción *pater est*, así como la presunción reformativa de paternidad establecida en el artículo

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 212.

362 del mismo Código Civil, que precisa que todo hijo se presume del marido así la madre niegue la paternidad de su cónyuge, por lo que se estaría frente a una atribución legal o automática del vínculo paterno.<sup>14</sup>

### **2.2.2. Filiación extramatrimonial**

Este tipo de filiación, no es más que aquella dada fuera del matrimonio, producto de la procreación entre padre y madre, sin encontrarse estos unidos entre sí por un vínculo matrimonial. A diferencia de la filiación matrimonial, la filiación extramatrimonial se configura cuando el hijo ha sido concebido y nacido fuera del matrimonio, por lo que se entiende tal condición como aquella filiación producto de un vínculo entre padre y madre sin encontrarse estos casados; esto en virtud a lo establecido a su vez por el artículo 386 del Código Civil. Sin embargo, es indudable que la condición de extramatrimonial, deviene no por el hecho de que el hijo haya sido engendrado y nacido fuera del matrimonio, sino que el mismo ha sido concebido y nacido al no encontrarse sus padres casados.

Habría que decir también, que en éste tipo de filiación, no existe un acto jurídico matrimonial que brinde una garantía respecto de su descendencia y su calidad jurídica de progenitor, por lo que el hijo nacerá sin ser amparado de una presunción de paternidad, siendo necesario para establecer el vínculo paterno-filial, recurrir a figuras jurídicas como el reconocimiento (acto voluntario), el proceso judicial (declaración judicial), entendidos estos como únicos medios para establecerla.<sup>15</sup>

En relación al estatus que goza el hijo nacido fuera de una relación matrimonial, éste se presenta dentro de un estado de filiación, como bien se explicó al inicio del presente capítulo, sin embargo se le priva de gozar de un estado de familia por no permanecer de forma íntegra dentro de una relación familiar entre el padre y la madre, salvo que esté reconocido de forma voluntaria o judicialmente. Al mismo tiempo, habrá de entender como

---

<sup>14</sup> VARSÍ, E., *El moderno tratamiento de la filiación extramatrimonial (en razón de la Ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)*. 2º ed., Jurista Editores, Lima, 2010, pp. 28 y 29.

<sup>15</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 44.

presupuestos de la filiación extramatrimonial, tanto a la maternidad y la paternidad como condición de tipo biológica de los progenitores. Por tanto, la condición de hijo extramatrimonial, se configura cuando la concepción y el estado de tipo biológico, se ha desarrollado fuera del matrimonio.<sup>16</sup> De igual modo, respecto al carácter extramatrimonial de la filiación, se entiende que dicha condición se adquiere por el hecho mismo de que los progenitores no se encuentran casados, en consecuencia al no existir vínculo matrimonial alguno, no podrán consolidarse los hechos jurídicos biológicos de la concepción y el nacimiento. Igualmente, en la configuración de este supuesto de filiación, tal como expuse inicialmente, los padres tienen con los hijos nacidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con aquellos nacidos dentro del vínculo matrimonial; situación que es amparada y protegida para ambos supuestos, por nuestro ordenamiento jurídico nacional.

### **2.2.3. Filiación adoptiva**

La filiación de tipo adoptiva, es aquel acto solemne que emiten los adoptantes sobre el hijo adoptado, situación que trae como consecuencia la creación de un vínculo de parentesco de carácter jurídico, pero que por disposición legal toma la fuerza y los efectos de una relación de sangre. Habría que decir también, que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surte los mismos efectos.<sup>17</sup>

Por otra parte, según todas estas observaciones, la filiación en sus tres tipos se caracteriza por la producción de los mismos efectos, sin embargo, estos tendrán distintos efectos respecto a su origen, ya que en el caso de la adopción el vínculo de parentesco se dará por disposición legal, es decir difiere de la filiación matrimonial y extramatrimonial, ya que el menor no es producto de la procreación de los padres, sino que se trata de la realización de un acto jurídico que crea un vínculo legal de parentesco entre los adoptantes y el adoptado. La adopción, es considerada como un tipo de filiación de tipo jurídica por disposición, mas no de tipo

---

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> *Cfr. ALBALADEJO, M. Op. Cit., p. 267.*

biológica ya que no existe una relación sanguínea entre el adoptante y el adoptado, sin embargo esta situación si podría darse entre personas que compartan algún grado de consanguinidad.

Es necesario recalcar, que si bien la adopción se encuentra recogida en nuestro ordenamiento dentro de la filiación de tipo matrimonial, esta consideración no es del todo correcta, ya que al reconocerla como una filiación de tipo matrimonial, se estaría aceptando que la adopción es un vínculo en primer término de tipo biológico y en segundo lugar como uno que encuentra su origen dentro del matrimonio. Por ello, el criterio que debería aplicarse en nuestro Código Civil, es el de entenderla como una relación de filiación que puede ser de tipo matrimonial, extramatrimonial y en tercer lugar adoptivo. En la actualidad la adopción, es una institución jurídica, que tiene como centro el interés superior del niño, es decir se busca beneficiar a la niñez que adolece de una familia apta para su desarrollo, tanto en el aspecto físico como espiritual.<sup>18</sup>

Considerando que, la filiación es un hecho biológico, que se presenta en todos los seres humanos al proceder de la unión física de un padre y una madre; es en cambio que como hecho jurídico, necesariamente requiere de un acto previo, que lleve a la certeza de la existencia de la paternidad o de la maternidad, de manera que esta pueda lograr producir los efectos jurídicos o legales buscados.<sup>19</sup>

### **2.3. El reconocimiento**

En cuanto al reconocimiento, se entiende que éste “es un acto o negocio jurídico porque constituye un acto lícito con el fin inmediato de producir el efecto jurídico del emplazamiento del reconocido en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente, y el de éste en el de su padre o madre, confiriendo juridicidad a la relación biológica paterno o materno-filial. Es un acto jurídico familiar porque se trata de una relación jurídica de Derecho de Familia. Es, asimismo, declarativo

---

<sup>18</sup> Cfr. ZANNONI, E. *Op. Cit.*, p. 551.

<sup>19</sup> Cfr. GONZALES, O. *Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial*. Tesis (Licenciatura en Derecho). San José: Universidad de Costa Rica, 2013. 18 p.

de la situación biológica preexistente.<sup>20</sup> Sin embargo se debe precisar, que los efectos que produce el reconocimiento son *ex lege* y no *ex voluntate*, esto quiere decir que la voluntad manifestada a través de dicho acto jurídico, no surte sus efectos por el simple hecho de ser queridos por su autor al momento de aceptar la paternidad, sino que se producen independientemente hayan sido queridos o no por este.<sup>21</sup> De igual modo, el reconocimiento es como aquel acto jurídico que contiene una declaración de ciencia del reconocedor destinada a afirmar su paternidad, que determina la relación de filiación y produce *ex lege* los efectos jurídicos propios de tal declaración.<sup>22</sup>

Así mismo, el reconocimiento se concibe como un acto voluntario, por medio del cual, y mediante una manifestación de voluntad formal y expresa, una persona declara su paternidad o maternidad respecto del hijo. Nuestro Código Civil, sin embargo, no establece una definición determinada respecto del reconocimiento, sino que por el contrario establece en los artículos 386 al 401 y de forma general, unas características y procedimientos a seguir, precisando que tanto el reconocimiento como la sentencia de tipo declaratoria de la maternidad o paternidad, serán entendidos como los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial. Sin embargo, en lo que respecta al reconocimiento de la paternidad y maternidad, se señala que ésta podrá darse de forma conjunta o sólo por uno de ellos.

### 2.3.1. Características

El reconocimiento, constituye uno de los mecanismos para la determinación de la filiación de los hijos extramatrimoniales, y presenta una serie de características, principalmente a continuación desarrollare las establecidas por la tratadista MARÍA BEGOÑA FERNÁNDEZ<sup>23</sup>:

---

<sup>20</sup> MÉNDEZ, M J., *Derecho de Familia. Tomo III*. 1° ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2010, p. 75.

<sup>21</sup> *Cfr. Ibíd.* p. 75.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ, M., *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*. 1° ed., Dykinson, Madrid, 1998, p. 56.

<sup>23</sup> *Cfr. Ibíd.* pp. 57 a 59.

a) Es un acto personalísimo

Es un acto personalísimo, porque solo lo puede realizar el sujeto reconocedor, y éste es el único que podrá conocer el hecho de la cohabitación con otra persona, y a su vez podrá afirmar que el reconocido es hijo suyo por el hecho de haber sido fruto de esa relación. El acto de reconocimiento, no puede ser delegado a otra persona o no puede ser trasladado a un tercero para que actúe en su representación, ya que no tendría mucho sentido conceder un poder especial para ese acto, porque tal documento sería por sí mismo un verdadero reconocimiento de la filiación, siempre que implique una manifestación formal suficiente de la paternidad. Sobre esta última idea, el artículo 389 del Código Civil, opera como una especie de excepción a esta característica, en el sentido que establece que el reconocimiento del hijo extramatrimonial, puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la misma línea en unos supuestos determinados, como son en caso de muerte de los padres, incapacidad absoluta o relativa, desaparición o cuando los padres sean menores de catorce años.

b) Es un acto unilateral

El reconocimiento es un acto unilateral porque se constituye por una única voluntad o declaración, que es la propia del reconocedor; por ello no requiere del acuerdo o consentimiento del otro progenitor, ni mucho menos la aceptación del hijo reconocido. En ocasiones, se emplea el término unilateral, en contraposición al reconocimiento bilateral, para expresar aquellos casos en los que ambos progenitores reconocen de forma conjunta en un solo acto. Sin embargo, ello no excluye que cada progenitor pueda manifestar su declaración en forma individual. El artículo 388 del Código Civil, establece que el reconocimiento de hijo extramatrimonial puede darse del padre y la madre conjuntamente o por solo uno de ellos, pero esto debe entenderse a pesar de lo mencionado, que la declaración conjunta del reconocimiento, en realidad surtirá sus efectos de forma individual.

c) Es un acto solemne

El reconocimiento es un acto que exige una forma *ad solemnitatem*, el cual es requisito esencial para que sea válido. Esta característica, es predicable respecto de lo establecido en el artículo 390 del Código Civil, donde se establece que el reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento, en consecuencia, la determinación de la filiación quedará establecida por alguno de los medios que prevé dicho precepto normativo para que pueda encontrar su validez.

d) Es un acto irrevocable

Una vez declarado el reconocimiento, no es posible que su autor vaya en contra de sus propios actos y renuncie a todas las consecuencias jurídicas que derivan de su actuación. En definitiva, no hay duda respecto de esta característica, ya que en base a lo establecido en el artículo 395 del Código Civil, el reconocimiento no admite ningún tipo de consecuencias de la revocación del acto al que va unido materialmente.

e) Es un acto puro

Lo que significa que no admite limitaciones accesorias de la voluntad (condición, término, modo) que hagan depender de ellas el alcance del reconocimiento y pongan en peligro la estabilidad y seguridad del estado civil de filiación.

f) Título de determinación de la filiación

Se entiende por título de determinación legal, aquel documento público o signos especialmente señalados por la ley, para proclamar oficialmente de modo permanente y en principio definitivo, la filiación. El reconocimiento, es un acto que determina la filiación, más no la crea, porque la relación biológica es anterior y preexistente al mero hecho de reconocer.

g) Es un acto retroactivo

Es un acto retroactivo, porque los efectos de la relación de filiación, tienen una eficacia que se retrotrae al momento del nacimiento del reconocido. Esto quiere decir, que con el hecho de la generación, los efectos jurídicos ya comienzan a producirse, pero desde la fecha de determinación legal, que es donde oficialmente quedan establecidos y proclamados.

### **2.3.2. Efectos jurídicos**

El reconocimiento, es un acto jurídico que está sujeto a la producción de una serie de efectos jurídicos, los cuales podrán ser de tipo personal o patrimonial. Dentro de los efectos jurídicos de tipo personal, tenemos el derecho de llevar los apellidos, ya que una vez que se lleva a cabo el reconocimiento del hijo, inmediatamente le es otorgado el derecho a llevarlos, usando el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre, tal como lo establece el artículo 20 del Código Civil.

Por otro lado, tenemos la patria potestad, la cual emerge como un conjunto de derechos y obligaciones que les serán atribuidos a los padres que hayan ejercido el reconocimiento de filiación. Por ende, esta potestad será atribuida con el fin de que los padres cuiden y protejan a su hijo, brindándoles el derecho de dirección sobre estos y puedan ejercer deberes como los establecidos en el artículo 423 del Código Civil, como son, el educar, dirigir, corregir, vigilar, entre otros. Sin embargo, respecto de la patria potestad ejercida sobre los hijos extramatrimoniales, según el artículo 421 del Código Civil, será ésta ejercida por el padre o por la madre que lo haya reconocido, por ello si ambos padres han procedido al reconocimiento, el juez deberá de determinar a quién corresponde la patria potestad atendiendo a una serie de circunstancias, en beneficio de los intereses del menor.

Asimismo, en relación a los efectos de tipo patrimonial, el acto del reconocimiento trae consigo una serie de efectos jurídicos, dentro de los cuales se encuentra el derecho del menor a recibir alimentos como una obligación de los padres a la

subsistencia de los mismos. A su vez, se encuentra el derecho de los padres de poder administrar los bienes de sus hijos, mientras estos aun sean menores de edad, así como también el usufructuarlos. Por otro lado, también tenemos los derechos de tipo sucesorio, donde los padres e hijos pueden intervenir como herederos forzosos de la sucesión, en virtud a lo establecido en el artículo 724 del Código Civil. Cabe señalar, que los efectos jurídicos mencionados hasta aquí, no son una lista taxativa de los mismos, ya que a lo largo de los libros de nuestro Código Civil, encontraremos una serie de ellos, propio del acto de haber ejercido el reconocimiento de los hijos.

En definitiva, queda claro por tanto, que el reconocimiento “produce efectos jurídicos –llámense derechos u obligaciones- con independencia de la voluntad de quien lo emite y no sólo respecto de la parte que exterioriza tal libre manifestación de voluntad, sino, también, por disposición de la ley, respecto del reconocido como de la familia, a la cual se incorpora, en virtud de ese expreso reconocimiento. Ese acto hace nacer el derecho del reconocido a ser alimentado por el padre registral, a llevar sus apellidos, a heredarlo, entre muchos otros; todo lo cual, viene a conformar su identidad, que es un derecho fundamental suyo y, como tal, merecedor de tutela”.<sup>24</sup> De esta manera, el reconocimiento al ser un acto jurídico que fija una serie de efectos jurídicos, no hace más que proteger los intereses del menor, brindándole de esa manera la oportunidad de ejercer los derechos que le son correspondidos y que conforman su propia identidad.

#### **2.4. El reconocimiento y la protección del derecho a la identidad**

El artículo 2 inciso 1 de nuestra Constitución Política, establece el concepto de lo que debemos entender por identidad de la persona, así mismo, “puede describirse la identidad como el conjunto de atributos y características, tanto estáticos como dinámicos, que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de atributos y características que se proyectan hacia el mundo

---

<sup>24</sup> GONZALES, O. *Op. Cit.*, p. 34.

exterior, permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en lo que ella es en cuanto ser humano único e irreplicable. Por consiguiente, ambas, la estática y la dinámica como unidad totalitaria, perfilan a la identidad de la persona. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la “verdad personal” en que consiste cada persona”.<sup>25</sup> En definitiva, el concepto de derecho a la identidad, resulta ser un concepto de tipo complejo, sin embargo, frente a lo señalado previamente, se advierte que este derecho comprende diversos aspectos que nos permiten afirmar que unas personas se distinguen de otras, y que estas pueden estar delimitadas por sus propias características físicas, así como por su conducta individual.

Desde el punto de vista constitucional, el derecho a la identidad presenta una doble modalidad, una de tipo individual y una de tipo colectiva. En este caso, abordaremos solo el componente individual, porque ello nos permitirá llegar al esclarecimiento del derecho a la identidad, desde el punto de vista que nos interesa para el presente trabajo de investigación, es decir la identidad personal. “El derecho a la identidad, como muchos otros derechos, se encuentra íntimamente ligado al núcleo esencial de los derechos humanos: el respeto de la dignidad de la persona humana, además de constituir un derecho fundamental autónomo. Sin embargo, no hay unanimidad respecto de su definición, lo cual se debe a que la identidad abarca una pluralidad de contenidos”.<sup>26</sup> En lo que concierne a la situación jurídica subjetiva de la identidad personal, existe una elaboración doctrinal completa a cargo del tratadista italiano, precursor del reconocimiento del derecho a la identidad personal, ADRIANO DE CUPIS. Por su parte, FERNÁNDEZ SESSAREGO respecto a la identidad personal, hace referencia a lo establecido por DE CUPIS, el mismo que indica que consiste en “ser uno mismo”, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, “constituyendo la misma verdad de la persona”.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> CALDERON, C; ZAPATA, M; AGURTO, C., *Persona, derecho y libertad: escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. 1º ed., Motivensa, Lima, 2009, p. 138.

<sup>26</sup> TORRES, A., *Derecho a la identidad y la reproducción humana asistida heteróloga*. 1º ed., Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014, pp. 167 y 168.

<sup>27</sup> Cfr. FERNÁNDEZ, C., *Derecho a la identidad personal*. 2º ed., Instituto Pacífico. Buenos Aires, 2015, p. 110.

Adicionalmente a lo señalado, la doctrina nacional en palabras de FERNÁNDEZ SESSAREGO, define al derecho a la identidad personal como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano”.<sup>28</sup> En definitiva, la identidad personal, debe ser entendida como aquel elemento que nos hace diferentes uno de los otros por ser únicos e irrepetibles con nuestras propias características particulares e individuales. Sin embargo, dentro de estas múltiples características que nos permiten ser seres individuales, es importante brindar una especial consideración y protección jurídica desde el plano no sólo nacional, sino también internacional. Dicha protección jurídica, se ve reflejada por ejemplo, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7 inciso 1, nuestra Constitución Política en el artículo 2 inciso 1, el Código Civil en el artículo 19 y el Código de Niños y Adolescentes en su artículo 6.

Dicho lo anterior, sobre el derecho a la identidad, la normativa nacional y los instrumentos internacionales que la protegen, es pertinente indicar que nuestro país se encuentra obligado a cumplir los tratados internacionales de los cuales es parte, conforme al artículo 55 de la Constitución Política; por ello, me permito citar el Expediente N° 3873-2014 San Martín<sup>29</sup>, el cual ha sido materia de consulta ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

---

<sup>28</sup> *Ibíd.* p. 116.

<sup>29</sup> En el Expediente N° 3873-2014 San Martín de fecha 17 de marzo de 2015 se señaló lo siguiente; “la resolución objeto de consulta, sustenta el ejercicio del control difuso y la inaplicación del artículo 400 del Código Civil, argumentando de que dicho artículo establece que el plazo para negar el reconocimiento (de paternidad) es de noventa días, desde que se tuvo conocimiento del acto; argumentando el Juzgador que, el establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de negación de paternidad, no puede impedir el derecho fundamental de identidad y el interés superior del niño; siendo necesario aplicar el control difuso para privilegiar los derechos fundamentales acotados, a efectos de conocer el verdadero origen biológico del menor de iniciales A.P.S.T”

Respecto del caso en particular, nos encontramos frente a un proceso de impugnación de paternidad de un menor de edad. En ésta sentencia, la Sala hace referencia al planteamiento que realizan los Órganos Internacionales sobre el derecho a la identidad, en base a lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño, cuyo considerando número 7 inciso 4 de la referida sentencia menciona lo siguiente: “el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”. Al mismo tiempo, se citan los argumentos vertidos por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos precisando lo siguiente: “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares”, agrega, que este derecho es consustancial a los tributos y a la dignidad humana y que, en consecuencia “es un derecho humano fundamental oponible erga omnes”. Finalmente, se concluyen tales argumentos indicando que: “cabe citar otros argumentos señalados por dicha Corte que resalta este derecho fundamental, en tanto prevalece el derecho de la familia de educar a los niños que biológicamente traen a la vida, y que cuenta con un dato muy fuerte con base científica, como es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica”.

## **2.5. El derecho a la verdad biológica**

Conforme a lo señalado anteriormente, cuando nos encontramos frente a la necesidad de invocar nuestro derecho a la identidad, lo que buscamos principalmente es que se nos permita ser distinguidos unos de otros, pero no en base a criterios únicamente objetivos como el nombre, el seudónimo; sino que el ejercicio de tal derecho sea entendido de una manera integral que implique a su vez una verdad personal en el conocimiento de aquello que es realmente y que el sujeto titular de ese derecho necesita conocer, como el caso de su verdadera identidad biológica.

El derecho a la verdad biológica, es “aquella atribución inherente a toda persona que se deriva del principio de la dignidad humana, en atención a que el desconocimiento de la verdad ocasiona un daño en el titular del derecho”.<sup>30</sup> “Para Eduardo Zanonni, existe una relación entre la identidad personal y la realidad biológica, ya que a través de este último la persona encuentra su pertenencia a una familia, obteniendo el emplazamiento de su estado de acuerdo con su origen biológico. Ello amerita que el derecho a preservar la identidad personal en tanto identidad filiatoria o genética es común a toda persona, y no es exclusivo o privativo de los niños”.<sup>31</sup> En este sentido, el derecho a la identidad biológica brinda a toda persona la posibilidad de conocer cuál es su origen y su identidad filiatoria, permitiendo tener conocimiento pleno de quién lo engendró y la posibilidad de poder conocerlo y así establecer lazos familiares. El ser humano, se puede encontrar en la necesidad de averiguar quiénes son sus progenitores y a su vez el de conocer cuál es la verdad de su origen biológico. Es por esto que, el derecho a la verdadera filiación y el derecho a la identidad personal requieren que las normas jurídicas permitan que la persona sea considerada legalmente como hijo de quien biológicamente es. En consecuencia, al existir este derecho a conocer su orígenes o identidad biológica, esta deberá de prevalecer sobre el derecho a la intimidad de quien muchas veces pretende evadir su obligación de practicarse unas pruebas genéticas en un proceso de filiación extramatrimonial, contrariando cualquier tipo de cooperación que permita el correcto ejercicio de otro, con respeto a su identidad biológica.

## **2.6. El derecho a saber y llevar los apellidos de los progenitores**

Como bien se ha mencionado, la persona se encuentra protegida jurídicamente en lo que respecta al hecho de poder conocer su origen biológico, el cual inclusive se va a encontrar muy por encima de cualquier norma que pretenda limitarla, ni mucho menos puede estar sujeta a algún tipo de cuestionamiento, porque forma parte de nuestra verdad personal sobre nuestro verdadero origen. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico, no hace una mención expresa respecto al derecho de poder conocer el propio origen biológico, pues existen

---

<sup>30</sup> CALDERON, C; ZAPATA, M; AGURTO, C. *op. Cit.*, p. 140.

<sup>31</sup> TORRES, A. *op. Cit.*, p. 193.

fundamentos que nos permiten determinar que la existencia de este derecho se encuentra íntimamente ligado al derecho a conocer la identidad del progenitor o al de conocer a sus padres. Si bien no existe una mención expresa, se puede afirmar sin embargo que existe un reconocimiento tácito de este derecho, ya que se encuentra muy ligado al derecho a la identidad y a la dignidad de la persona.

En este mismo sentido, el derecho a la identidad implica a su vez el derecho que tiene toda persona de llevar un apellido, es decir esto consiste en llevar una designación determinada que le permita ser reconocido como miembro común de una familia o de una estirpe, por lo que cada persona deberá de llevar el que le corresponda. Nuestro Código Civil, en el artículo 19 hace referencia al derecho que tiene toda persona de llevar un nombre, el cual deberá de incluir los apellidos. Ya en el artículo 20, hace una regulación más precisa en relación al apellido, indicando que “a todo hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre”. Estos artículos del Código Civil, nos llevan a concluir que los apellidos se presentan como elementos esenciales del nombre porque permiten delimitar la identidad de la persona.

Un elemento esencial a los fines de la identificación es sin lugar a duda el nombre, ya que toda persona tiene derecho a la identidad. Evidentemente el derecho a la identidad, está ligado al derecho que tiene toda persona de conocer a sus padres, y como consecuencia jurídica la de llevar sus apellidos. Por regla general, éste es un derecho que tiene toda persona de llevar los apellidos de quienes sean sus padres, regla que debe regir tanto para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales sin distinción alguna. Tanto nuestro ordenamiento jurídico, como aquel de dimensión internacional como es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, deslindan una especial importancia en lo que respecta al derecho del niño de conocer a sus padres, sin embargo “la Convención sobre los Derechos del Niño plantea una exigencia mayor al indicar que la identidad también implica “vivir con sus padres”, de esta manera este componente de la identidad está referido a las costumbres, creencias, valores y tradiciones familiares que son transmitidas de manera intergeneracional. La alusión de “llevar sus apellidos” refiere al vínculo jurídico originado en el reconocimiento del hijo, en dicha medida su carácter exigible se manifiesta en el artículo 7º, inciso 1 de

la Convención sobre los Derechos del Niño indica que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, de manera similar es indicado en el artículo 7º del Código de los Niños y Adolescentes”.<sup>32</sup>

En conclusión, el derecho constitucional protegido a la identidad se deriva tanto en el derecho a conocer a nuestros padres y el de llevar sus apellidos, que además es un derecho natural, inherente a todo ser humano, según el cual deberá de primar la verdad biológica del menor, bajo cualquier supuesto y en base a la indagación de la paternidad mediante las denominadas acciones de filiación, las cuales deberán ser admitidas tanto por el padre legal así como también respecto al padre biológico bajo ciertos supuestos, todo ello en base al principio general del interés superior del niño.

---

<sup>32</sup> BARLETTA, M., “Los Procesos de exclusión de nombre y su incidencia en el derecho a la identidad de los niños” en *Jus Jurisprudencia*, N° 4, Abril, 2008, p. 102.

## **CAPÍTULO III.**

# **RESPONSABILIDAD POR EL NO RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL: APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

### **3.1. Introducción**

Ahora bien importa poner de relieve, antes de iniciar el desarrollo del presente capítulo, que el tema a abordar se centrará en los daños originados por el no reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio, y la configuración de los elementos que componen la responsabilidad civil para este caso en concreto. Como bien se precisó en el capítulo primero del presente trabajo, los múltiples cambios sociales y culturales presentados a lo largo de la historia, han permitido a su vez, el tratamiento de una serie de instituciones jurídicas en aras de proporcionar una mayor protección a la persona frente a situaciones que le generen un daño. Todos estos cambios han permitido que la responsabilidad civil, logre invadir ciertas esferas de las relaciones humanas que le eran indiferentes. El derecho de daños, como ahora suele denominarse a la responsabilidad civil, ha logrado extender su tratamiento a los daños que pudieran originarse dentro de las relaciones de familia.

Pese a que la idea de una reparación por daños derivada de las relaciones entre los miembros de una familia, puede contener una concepción contradictoria a la armonía que suele caracterizar a las mismas, actualmente existe un criterio que admite una indemnización

por daños y perjuicios en el derecho de familia. Un ejemplo de ello, es la indemnización en el caso de divorcio por causal o nulidad matrimonial, el cual se encuentra regulado en el artículo 351 del Código Civil, y establece que cabe conceder una indemnización por daño moral en el supuesto de que los hechos que hayan llevado al divorcio, comprometan de forma grave el interés personal del cónyuge inocente.

Si bien el criterio de una reparación por daños y perjuicios, prevalece hoy como uno favorable ante los daños que puedan derivarse de las relaciones familiares, también es un requisito indispensable que exista entre ellos, la pretensión resarcitoria que surja de la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial. Cabe señalar, que el tipo de responsabilidad derivada de la falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, es el de la responsabilidad civil por daños extracontractuales, tipo de responsabilidad que requiere de un especial tratamiento en lo que respecta a sus presupuestos, condiciones y circunstancias por las que pudo haber atravesado la víctima. Tales circunstancias, colocan a la víctima, en una situación de especial protección, debido a que los daños sufridos son tutelables jurídicamente, como consecuencia de una conducta antijurídica de un tercero, por lo que sus derechos a exigir tal reparación, son salvaguardados por el derecho de daños previa configuración de los presupuestos que albergan a la responsabilidad civil.<sup>33</sup>

Nuestro Código Civil, actualmente no ha establecido una regulación específica respecto a la indemnización por daños y perjuicios desencadenados por la negativa injustificada de reconocer la paternidad extramatrimonial. De esta manera, lo que se pretende lograr en este trabajo de investigación, es que el derecho de familia no sea ajeno a los supuestos de reparación del daño moral por la negativa de reconocimiento, sino que por el contrario, se apliquen los principios de la responsabilidad civil, los cuales han sido establecidos con carácter de tipo general. Descrito el problema a desarrollar, resulta a continuación necesario determinar la concurrencia de los elementos o presupuestos que alberga la responsabilidad civil.

---

<sup>33</sup> Cfr. REGLERO, F [et al.]. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 1º ed., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 49.

### 3.2. Presupuestos de la responsabilidad civil

Con respecto a la configuración del daño, en relación al no reconocimiento de la paternidad, es necesario desarrollar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, los cuales deberán de presentarse de forma conjunta para dar lugar a la responsabilidad por daños. Los presupuestos de la responsabilidad son:

#### A. La Antijuricidad

La antijuricidad, es entendida como aquella conducta antijurídica o contraria a una norma, ya sea por la propia violación a un precepto normativo que protege un derecho o bien jurídico determinado, como también puede ser entendido en sentido impropio, por la vulneración de un deber genérico de no dañar a otro. Sin embargo, el concepto de antijuricidad, desde el punto de vista originario, es más propio de una imputación penal que civil, en cuanto requiere de la tipificación de una conducta o supuesto de hecho, lo que supone la contravención de un mandato jurídico de no hacer o de hacer.<sup>34</sup> De igual forma, la antijuricidad implica el daño generado como consecuencia de una conducta prohibida, la misma que no ha sido permitida por el ordenamiento jurídico y como tal se configura como ilícita. “Esta antijuricidad directa, que podríamos calificar de antijuricidad típica, por estar prevista en la norma jurídica, no sólo es resultado de una conducta tipificada legalmente como un delito penal, sino que también puede resultar de una conducta que no esté permitida, sin que la misma llegue a constituir un delito, por tratarse simplemente de una conducta no permitida por el Derecho Privado.”<sup>35</sup>

Una vez sostenida la definición de antijuricidad, requisito fundamental de la responsabilidad civil en general, se debe establecer para el presente caso una previa delimitación del hecho generador del daño o conducta antijurídica, de manera que ello permita determinar si existe obligación o no de resarcir el daño que pudiera ocasionarse como causa del no reconocimiento voluntario de la paternidad. De esta manera, me permito hacer alusión al primer precedente

---

<sup>34</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 52.

<sup>35</sup> TABOADA, L., *Elementos de la Responsabilidad Civil*. 2º ed., Grijley, Lima, 2003, p. 45.

jurisprudencial dictado en Argentina (Juzgado nro. 9 de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Isidro, 25-3-88, E.D. 128-333.), sobre daños derivados de la ausencia de reconocimiento paterno. GRACIELA MEDINA, en relación al precedente jurisprudencial, señala que el padre demandado en este caso por no haber reconocido la paternidad de su hijo, emite su defensa afirmando que él no había violado ningún deber jurídico, por lo que no estaba obligado a realizar ninguna reparación. Ante tales argumentos, surge la interrogante de si existe una obligación jurídica o un deber jurídico de reconocer a los hijos, por lo que podría resolverse tal cuestionamiento bajo el argumento de que el reconocimiento es en primer lugar, un acto voluntario y personalísimo, características que hemos analizado líneas arriba, y por ser voluntario no sería un acto jurídico obligatorio. Sin embargo, dichos fundamentos no serían válidos, porque una cosa es que el reconocimiento sea voluntario y otra que sea discrecional, por lo que el padre pueda realizarlo o no.<sup>36</sup> De esta forma, podemos afirmar, que el hecho generador del daño para el caso que nos compete, encuentra su origen en el no reconocimiento de la paternidad del menor, por lo que el padre al negarse voluntariamente de establecer la filiación, estaría incurriendo en una conducta antijurídica.

Por otro lado, en lo referente a la discrecionalidad del reconocimiento, RICARDO DUTTO ha señalado lo siguiente: “Si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto jurídico voluntario unilateral, no implica que dicho reconocimiento constituya una mera facultad del progenitor, es decir, no es discrecional. Por el contrario, ante el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su padre, con la consiguiente acción para lograrlo, fácil resulta concluir que este último no puede omitir tal conducta y que la negativa constituye un acto ilícito”.<sup>37</sup> En este mismo sentido, el simple hecho de dar a conocer la negativa de reconocer la paternidad, es entendido como un hecho antijurídico, por lo que ese hecho ilícito deberá de ser sancionado civilmente por haber generado un derecho particular sobre el niño, es decir el de indemnizarlo. Sin embargo, pese a la configuración de la antijuricidad, deben presentarse de forma conjunta, los elementos para la determinación de la existencia o no de una responsabilidad civil.

---

<sup>36</sup> Cfr. MEDINA, G. *op. Cit.*, p. 122.

<sup>37</sup> DUTTO, R. *op. cit.*, pp. 195 y 196.

Asimismo, podemos afirmar que el no reconocimiento voluntario, se configura como una conducta antijurídica, ya que procura ser un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil, es decir, una indemnización a favor del menor. Sin embargo, para la configuración de este hecho antijurídico, es necesaria la existencia de una clara voluntad de rechazar la paternidad. “Esta situación exigirá un proceso de reclamación de paternidad iniciado en la mayor parte de los casos por la madre en representación de su hijo. Será en este proceso en que quedará plasmada la conducta ilícita del padre contumaz en reconocer a su hijo. La culpa puede reflejarse en una pluralidad de actos. Por ejemplo en la rebeldía en el proceso. O en la negativa a practicarse el examen de ADN.”<sup>38</sup> Finalmente, se debe dejar en claro que para considerar culpable al padre, ante la negativa de reconocer al hijo extramatrimonial, debe estar el mismo en pleno conocimiento de su posible paternidad, o a lo menos haber sido demandado por filiación extramatrimonial.

Teniendo en cuenta lo descrito, me permito hacer el siguiente cuestionamiento; en nuestro país, ¿existe un deber jurídico de reconocer a los hijos? ¿Qué nos dice el artículo 6 de la Constitución Política? Desde ya, es importante reconocer que es el Estado el principal encargado de promover una serie de políticas de protección, donde su principal función es la de difundir y promover la paternidad y la maternidad responsables, por lo que existe un deber establecido preliminarmente en nuestra norma constitucional, el que deberá ser cumplido por cada uno de los ciudadanos peruanos que se encuentran vinculados al cumplimiento de la misma. Este mandato constitucional, de reconocer la paternidad de los hijos, desencadena una serie de derechos y obligaciones de los padres con sus hijos. Considerando la existencia, de un comportamiento en contradicción con el ordenamiento jurídico por el no reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial, será dicha omisión la que lleve a la configuración de un acto antijurídico, debido a que la transgresión de la norma deviene de un deber jurídico de obrar, pues será el alcance propio de la norma el que abarca un deber legal impuesto de reconocer la paternidad de los hijos, por lo que trasgredir dicho precepto por

---

<sup>38</sup> DE VERDA, J [et al.]. *Daños en el Derecho de Familia*. 1º ed., Aranzadi, Navarra, 2006, p. 104.

dicha conducta omisiva de no reconocer es considerado un ilícito, razón por la que se configura la antijuridicidad del hecho dañoso.

## **B. El daño**

En cuanto al segundo elemento de la responsabilidad civil, un aspecto fundamental, es el reconocer que de no existir daño, difícilmente podríamos hablar de una posible indemnización, ya que el principal objetivo de la responsabilidad civil no es el sancionar una conducta antijurídica, sino que se tenga que indemnizar el daño causado. Nuestra legislación no ha establecido una definición concreta del daño, sin embargo la doctrina ha sido la encargada de proporcionar un concepto más amplio, como bien señala ELENA VICENTE DOMINGO al señalar lo siguiente: “se sigue repitiendo la clásica definición de Larenz que contempla el daño como todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.”<sup>39</sup>

Aunque se entienda repetitivo, y a la vez lógico, no se puede pretender otorgar una indemnización sin la existencia de un daño, sobre todo si este constituye ser hoy un elemento central de la responsabilidad civil. Entendida la enorme importancia de la configuración del daño, y la importante conexión existente entre el daño y el bien jurídico protegido, se requiere necesariamente determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la omisión de reconocer la paternidad extramatrimonial. Principalmente, de lo que se trata es de la vulneración a los derechos de la personalidad, como es el caso del derecho a la identidad, ya que al negar el padre la paternidad del hijo, lo que niega es colocar al hijo en el estado de familia, así como en la condición de hijo. Por consiguiente, el no reconocimiento de la paternidad lo que lleva a resarcir, específicamente, es el daño derivado de la falta de emplazamiento en el estado de familia, así como la ausencia en el estado de hijo por la no existencia de intención o voluntad de reconocer la filiación extramatrimonial.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> REGLERO, F [et al.]. *op. cit.*, p. 207.

<sup>40</sup> *Cfr.* p. 123.

El no reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, es una conducta reprochable jurídicamente, la cual puede llevar a que se configuren daños, tanto de tipo material como moral, y que a su vez requieran ser resarcidos. La concurrencia de ambos tipos de daño, puede manifestarse de manera independiente o de manera conjunta, dependiendo el caso en particular. Teniendo esto en cuenta, para la determinación de la procedencia de la indemnización, se ha establecido una clasificación tradicional de los daños, los cuales pueden ser:

a) Daño moral

El daño moral, es aquella lesión que sufre la víctima sobre sus sentimientos y como consecuencia de ello, le producen una serie de aflicciones o sufrimientos. De igual modo se establece, “que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá de tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de tutela legal”.<sup>41</sup> De lo mencionado, se puede señalar que para el caso del no reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, lo que se busca es indemnizar el daño moral que se haya generado sobre el hijo, como consecuencia de la actitud adoptada por el padre de no reconocer su paternidad.

Por otro lado, otro elemento indispensable, es el período de la negativa injustificada en el reconocimiento. Dicho lo anterior, resulta lógico pensar que cuan menor la edad del hijo o menor sea la tardanza en el reconocimiento de la paternidad, corresponderá para ello proceder a una disminución de la cuantía de la indemnización. Por ello, el elemento temporal o el período de no reconocimiento es esencial, ya que refleja el tiempo que la víctima se ha visto afectada por no llevar un apellido paterno, por no tener la oportunidad de conocer su

---

<sup>41</sup> Cfr. TABOADA, L. *op. Cit.*, p. 64.

origen biológico, así como el rechazo social en algunas circunstancias, por no tener un padre.<sup>42</sup>

Por consiguiente, lo que se debe de indemnizar, es el daño producto de la negativa de reconocer, de forma voluntaria, la paternidad del hijo. El daño moral en este caso, tiene su origen no solo en el no reconocimiento, sino en las consecuencias que puede desencadenar dicha omisión, es decir en la negativa, o falta del derecho a la identidad, configurado concretamente en el no poder gozar del derecho al uso de un nombre y mucho menos el poder ubicarse dentro de una determinada familia.

#### b) Daño material

El daño material, o también llamado daño patrimonial económico, es aquel daño sufrido por la víctima, pero en la esfera de su patrimonio. “Son daños evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado cuando el daño se ha causado aunque, como se sabe, la indemnización constituye una deuda de valor. Este daño puede surgir de forma autónoma como consecuencia del hecho lesivo o ser un daño que acompaña a otro del cual deriva, lo que ocurre en los casos de daños corporales o en los daños al honor y reputación de un comerciante.”<sup>43</sup>

En definitiva, el daño material, para el caso del no reconocimiento voluntario de la paternidad, se configura por la carencia material producto de la ausencia del padre del menor, ya que el padre se desligará del cumplimiento de sus obligaciones, como por ejemplo el de brindarle al menor alimentos necesarios para su sustento. Sin embargo, tal situación puede darse en dos supuestos, es decir, si el padre que no reconoce la paternidad es alguien que presenta una adecuada solvencia económica, eso privará al no reconocido de poder acceder a una adecuada alimentación, vestimenta, educación, salud, etc., por cuanto el obligado, pese a contar con los medios necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones de manera

---

<sup>42</sup> Cfr. DE VERDA, J [et al.]. *op. cit.*, pp. 106 y 107.

<sup>43</sup> *Ibíd.* REGLERO, F [et al.]. *op. cit.*, p. 217.

óptima, decide no hacerlo. Sin embargo, de ser la capacidad económica del padre limitada, lo más probable es que el auxilio material proporcionado, no hubiera satisfecho en su totalidad las necesidades del menor.

### **C. Nexo de causalidad.**

En relación con el nexo causal, se entiende que deberá de existir una relación de causa y efecto o de antecedente y consecuencia, entre la conducta que se le imputa al autor y el daño que se le haya originado a la víctima. De la misma forma, la existencia de un nexo causal entre la actividad del autor, a quien se le imputa el daño y el hecho dañoso, constituye desde siempre un presupuesto imprescindible en la responsabilidad civil, para que así pueda existir la obligación legal de indemnizar.

En efecto, la relación de causalidad, implica que el daño causado deberá ser consecuencia inmediata de la antijuricidad de la conducta del autor. En otras palabras, para que la conducta omisiva desencadene responsabilidad, ésta debe encontrarse causalmente ligada al resultado dañoso, de forma que la abstención actúe como causa de realización.<sup>44</sup> Lo dicho hasta aquí supone que, el no reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial, previo conocimiento de las pruebas que precisan dicha filiación, lleva a inferir que el progenitor al incurrir en una conducta omisiva deberá de responder por el daño moral y material provocado al hijo.

La relación de causalidad o nexo causal, “es pues un requisito general de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. La diferencia reside en que mientras en el campo extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa”.<sup>45</sup> Asimismo, el no reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, se desarrolla, como bien se dijo en el capítulo anterior, bajo el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en consecuencia bajo el criterio de la causa adecuada. Esto implica, que

---

<sup>44</sup> Cfr. TABOADA, L. *op. cit.*, pp. 83 y 84.

<sup>45</sup> *Ibid.* p.84.

el daño causado al hijo, debe ser producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del daño, es decir entre la omisión de reconocer la paternidad inmediata, y el daño que se busca indemnizar.

La conducta omisiva, precisamente, es una conducta que se lleva a cabo, cuando sobre el sujeto pesa un deber jurídico de actuar o llevar a cabo una determinada actividad, en este caso en la de reconocer la paternidad del hijo extramatrimonial. Sobre la omisión del deber jurídico de reconocer la paternidad, cabe mencionar que sobre dicha imputación por omisión cabe además, otro elemento fundamental, como el de la exigibilidad de dicho deber jurídico.<sup>46</sup>

En otras palabras, se puede afirmar que el reconocimiento de la causalidad constituye un elemento de fácil comprobación, por cuanto para determinar la responsabilidad, necesariamente el daño debe ser producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del ilícito. Es decir, debe guardar una relación de adecuada causalidad la falta de reconocimiento espontáneo y el daño reclamado. Es así que, para que se configure la responsabilidad, debe ser la omisión o abstención en este caso, la causante del daño, por cuanto influyó en la configuración del daño causado sobre la víctima, es decir sobre el hijo no reconocido.

#### **D. Factor de atribución**

Respecto al factor de atribución, primero es necesario precisar que nuestra legislación adopta dos sistemas de responsabilidad civil extracontractual, una de tipo subjetiva y otra de tipo objetiva, donde cada una de ellas es desarrollada sobre diferentes factores o tipos de atribución.<sup>47</sup> Nuestro Código Civil, en el artículo 1969 se extrae que “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. La falta de reconocimiento voluntario de la paternidad por parte del padre biológico, implica la existencia de un factor de atribución subjetivo, y éste se constituye sobre la base de la culpa y el dolo.

---

<sup>46</sup> *Ibíd.* REGLERO, F [et al.]. *op. cit.*, p. 309.

<sup>47</sup> *Cfr.* TABOADA, L. *op. cit.*, p. 96.

No obstante, habrá un comportamiento culposo si conforme las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, el supuesto padre no hubiera adoptado aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de esta obligación de origen legal, tendientes al esclarecimiento de la verdadera identidad del menor en cuestión. Aunque no es fácil en los hechos imaginar un caso de conducta culposa por un actuar negligente, pues ante el conocimiento que tiene el agente de la imputación de paternidad que se le hace, debe adoptar aquellas diligencias mínimas como para esclarecer la existencia o no del nexo biológico con el menor. Por otro lado, habrá un comportamiento doloso, cuando la falta de reconocimiento es ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro.<sup>48</sup>

Acorde con lo precisado, que el agente o causante actúe de esta manera, indiscutiblemente estará incurriendo en una omisión antijurídica o conducta dolosa, que se presumirá por el simple hecho de la demostración en juicio, del conocimiento que el padre tenía de la paternidad que se le imputaba y de la falta de invocación y prueba por parte de este último, de una razón atendible como para desconocerla. Ello así, puesto que quien logra conocer esta circunstancia y sin embargo omite actuar de forma debida, ha actuado ilícitamente a sabiendas y, por otro lado, no podrá sostener que no tuvo la intención de dañar la persona o los derechos del hijo que no se reconoce. De la misma forma, el tener pleno conocimiento, de que existe una gran posibilidad de ser padre, implica necesariamente conocer que se va a dañar a la persona o los derechos del hijo si no se lo reconoce en su debida oportunidad, por lo que, si no se es consciente de la emisión de esos daños mediante el comportamiento adoptado, es porque – jurídicamente– se quieren dichos efectos, por lo que la persona puede verse menoscabada desde un punto de vista social a través de un daño moral directo, lesionando un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial, característica presente en toda lesión a los derechos de la personalidad.<sup>49</sup>

Sobre las razones expuestas, resulta fundamental precisar que no cabe imputarle culpabilidad alguna a quien no tenía conocimiento, ni mucho menos, podía razonablemente conocer el estado de su

---

<sup>48</sup> Cfr. DUTTO, R. *op. cit.*, pp. 196 y 197.

<sup>49</sup> Cfr. *Ibíd.* p.197.

paternidad. Pero tampoco resulta razonable exigir, un conocimiento preciso y absoluto de la paternidad, puesto que la misma, se acredita de forma fehaciente a través de pruebas biológicas. Por ello, debemos entender que, es suficiente la posibilidad razonable de conocimiento del hecho de la paternidad, ya sea a través de la comunicación que la madre del niño le haya hecho, o del conocimiento del embarazo de la persona con quien mantenía relaciones afectivas en el período de la concepción, pues luego existen diversidad de medios al alcance del padre que le permitan comprobar la existencia o no del nexo biológico que se le atribuye y así evitar posibles daños y perjuicios al menor.

### **3.3. Causales de exoneración o atenuación de la responsabilidad**

A continuación, realizaré un breve análisis, sobre dos, de las distintas situaciones que podrían considerarse como eximentes o atenuantes de la responsabilidad del padre que no reconoce a su hijo. Sin embargo, la omisión de reconocer la paternidad deberá tener como principal fundamento, circunstancias debidamente fundadas, que acrediten verdaderamente ser calificadas como actos que imposibiliten su reconocimiento voluntario. Dentro de las causas que comúnmente se mencionan como eximentes de responsabilidad, destacan las siguientes:

#### **a) Desconocimiento de la existencia del hijo**

Cómo bien se mencionó durante el desarrollo del presente capítulo, un elemento primordial para estar en presencia de un acto ilícito, es la culpa del causante del daño. Esto quiere decir, que el padre debe haber incurrido en un acto culpable o doloso que lleve a un supuesto de responsabilidad civil, por lo que la ausencia del elemento subjetivo de responsabilidad, llevará a que se excluya de forma inmediata un supuesto de indemnización. En efecto, sólo desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la exigencia de culpa del padre ante la negativa de reconocer al hijo, puede desencadenarse en una indemnización por los perjuicios que éste haya ocasionado sobre la víctima.

Teniendo en cuenta, que la ausencia del elemento subjetivo excluye o exime de cualquier responsabilidad en el plano de la responsabilidad civil, entonces lo dicho hasta aquí, supone que no procede ninguna indemnización si no existe culpa del padre, y una razón para ello, es el desconocimiento de su paternidad. Dado que el padre o progenitor desconocía en forma absoluta, que procreó un hijo, definitivamente es un caso en el que no podrá determinarse una omisión en el reconocimiento de la paternidad. En otras palabras, no podemos pretender atribuir responsabilidad ante la ausencia de conocimiento de la existencia de paternidad, pues un supuesto como este, no permite realizar un juicio de reproche sobre la conducta omisiva. Desde el punto de vista fáctico, tal situación se presenta de forma muy frecuente en las relaciones furtivas u ocasionales.

Así mismo, con respecto a lo mencionado, la completa ignorancia o desconocimiento de la paternidad excluye de cualquier responsabilidad al padre. Por ello, es de suma importancia, que el juez al momento de valorar los elementos fácticos, brinde mayor atención a las circunstancias que envolvieron la concepción, es decir la relación entre los progenitores, el estado que pudieran tener cada uno de los padres en el momento de la concepción, así como otras circunstancias que le faciliten determinar si el padre tenía o no conocimiento de su posible paternidad.<sup>50</sup> De igual modo, EDUARDO SAMBRIZZI citando a ZANNONI, afirma que el padre puede efectivamente eximirse de responsabilidad, siempre y cuando alegue y pueda demostrar una causa justificante que pruebe su falta de culpabilidad. Por ello, “en el supuesto de tener el padre fundadas dudas sobre su paternidad, como podría ser, por ejemplo y entre otros supuestos, por el hecho de haber la madre vivido o tenido relaciones sexuales con terceros en la época de la concepción, y no haberse el padre podido efectuar por razones que le son ajenas los pertinentes análisis sanguíneos para determinar la paternidad, o si creyera con razones serias que es estéril. Es claro que esa duda no bastaría para eximirlo esa responsabilidad, si luego de iniciado el juicio por el que se reclama la filiación no contribuyó en el mismo a despejarlas,

---

<sup>50</sup> Cfr. DE VERDA, J [et al.]. *op. cit.*, p. 114.

prestándose, por ejemplo, a los pertinentes estudios de histocompatibilidad”.<sup>51</sup>

Acorde con lo señalado en el párrafo anterior, quizá una de las causas más frecuentes, sea la de una mujer unida por un vínculo conyugal con su esposo, por lo que el hijo nacerá bajo la presunción de paternidad mencionada en el artículo 361 del Código Civil, y se entenderá que habrá nacido dentro del matrimonio, quedando legalmente inscrito como hijo matrimonial. Una situación como ésta, coloca al padre biológico en un estado de desconocimiento total de su paternidad, porque la madre decide esconder su filiación y colocar al hijo dentro de un estado de hijo matrimonial que no le pertenece.

Circunstancias como las descritas, encuentran su origen en el actuar negligente de la madre, situación de tipo omisivo que coloca al hijo en un estado de desamparo paterno por no haber puesto en conocimiento de manera oportuna al padre, de su estado de gestación. Dicho esto, es de vital importancia tomar en consideración lo establecido en el artículo 2 del Código Civil, para las implicancias que correspondan al presente supuesto, ya que se establece en dicho dispositivo normativo lo referente al reconocimiento judicial del embarazo. Soy de la opinión, que el derecho de solicitar ante el juez el reconocimiento del embarazo o del parto, debe hacerse extensivo al progenitor del niño, sobre todo para los efectos de los derechos filiatorios que desencadenará el reconocimiento de la paternidad. Si bien la norma, precisa que la mujer puede realizar la solicitud judicialmente, existe un legítimo interés del padre en conocer de la existencia de su paternidad, por tal motivo dicho artículo debería ser modificado, de manera que se le otorgue al padre el derecho a que solicite certidumbre del parto. De ser ello así, esta norma obligaría a toda madre a poner en conocimiento su estado de gestación o del parto, a quienes tengan interés en el nacimiento del menor, sobre todo cuando se pone en riesgo derechos del menor como el caso de ser reconocido por su padre al nacer.

---

<sup>51</sup> SAMBRIZZI, E., *Daños en el derecho de familia*. 1º ed., La Ley S.A., Buenos Aires, 2001, pp. 190 y 191.

De igual forma, el artículo 21 del Código Civil deberá ser de aplicación al presente caso, ya que en lo concerniente a la importancia que tiene la actuación de la madre en poner a conocimiento de su estado de gestación, se entiende también, que al momento de proceder la madre a inscribir el nacimiento de su hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. Sin embargo, tal dispositivo normativo debería ser modificado, en el sentido de que deberá ser una condición de tipo imperativa y no potestativa para la madre de poner en conocimiento del registrador el nombre del presunto padre del menor. Este artículo, a su vez, debería hacer partícipe al registrador, por cuanto debería actuar bajo responsabilidad de poner en conocimiento del presunto progenitor, que su nombre ha sido consignado en una partida de nacimiento, de manera de que quede consignado en un documento público, que la madre ha manifestado la existencia de la paternidad del padre, situación que, una vez llegado a conocimiento del presunto progenitor, puede llevar a que se afirme dicha paternidad, o bien a legitimarlo a interponer las acciones pertinentes por usurpación de nombre, atribuyéndole responsabilidad no sólo civil, sino también penal a la madre.

En efecto, al no ejercer en su debida oportunidad este derecho por parte de la madre del menor, el padre estaría legitimado a interponer las acciones pertinentes, es decir, de existir una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el padre por el no reconocimiento de la paternidad, el padre quedaría legitimado en este caso, no sólo de entablar acciones contra la madre por no dar a conocer la existencia de su paternidad, sino que también podría denunciarla civilmente y acreditar de forma debida que los daños desencadenados por el menor no reconocido, tenían su origen en el actuar omisivo de la madre, y no en la falta de voluntad de reconocer la paternidad de su hijo al momento de su nacimiento.

## **b) Ejercicio tardío de las acciones de filiación**

En relación a la existencia de responsabilidad materna, ante la inacción judicial para lograr el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial de su hijo, es necesario tomar en cuenta varios aspectos fundamentales. En un primer término, el hijo obligatoriamente requiere de la actuación de su madre ante los juzgados para poder hacer efectivo el reclamo del daño que éste ha sufrido por la omisión en el reconocimiento voluntario de su padre, de manera que ello le permita poder conocer acerca de sus orígenes y acerca de su verdadera identidad.

Ahora bien, al encontrarnos en la situación en que la madre tarda en iniciar las acciones de filiación, debemos cuestionarnos si sobre ella recaería algún tipo de responsabilidad. Para empezar, la doctrina se encuentra dividida frente a este contexto, pues una parte de ella responde negativamente y considera que no es lógico responsabilizar a la madre por el incumplimiento del padre ante la falta de reconocimiento voluntario. El fundamento de esta posición radica, en que se atribuye el factor de atribución en la culpa del padre, y no en la demora de la madre, por lo que el daño se considera causado por la falta de reconocimiento, mas no por la falta de accionar judicial de la madre. Apoyando esta postura negativa encontramos a GRACIELA MEDINA, la cual se pronuncia y señala que la indemnización que habría de otorgársele al menor hijo, no puede verse limitada por la falta de ejercicio de la madre, ya que ella no se encuentra legitimada por sí para iniciar una acción de determinación de la paternidad, es decir, ella actúa en representación de su menor hijo, y como para el menor la acción de determinación de la paternidad es imprescriptible, no se entiende cómo podría atribuirse responsabilidad por el no inicio de las acciones respectivas. Por ello, en consecuencia, entiende que es absurdo que se deba de responsabilizar a la madre por el no cumplimiento del obligado con sus deberes, y como consecuencia de ello se limite el resarcimiento del menor.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> MEDINA, G. *op. Cit.*, p. 125.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria sostiene que sí existe responsabilidad de la madre al retrasar la interposición de la acción filiatoria, pues el no hacerlo en su debida oportunidad, estaría contribuyendo a generar un daño mayor a su hijo, producto de la falta de reconocimiento paterno. Esta postura es respaldada por CARLOS PIZARRO WILSON, el cual señala que ante esta situación, el menor hijo sería una víctima directa, al ser afectado por la omisión de su madre en el ejercicio de la acción de determinación de la paternidad. A su vez, indica que la solución frente a este problema sería, el hacer responsable a la madre por la tardanza en presentar la demanda respectiva, entendiendo que la misma también contribuyó al daño de su hijo, por el no reconocimiento oportuno.<sup>53</sup>

En definitiva, mi posición frente a estas dos posturas es intermedia, en el sentido que debería de atribuirse responsabilidad de forma equitativa, tanto al padre como a la madre. En otras palabras, así como debemos considerar al padre responsable de los daños ocasionados por negarle a su hijo el acceso a su identidad biológica, al no querer reconocer la paternidad del hijo extramatrimonial, a su vez, debe increpársele a la madre la demora en la interposición de las acciones judiciales pertinentes al reconocimiento de la paternidad, puesto que tal conducta, igualmente limita al hijo poder conocer su verdadero origen. En consecuencia, el deber de la madre en este caso consiste en comunicarle al padre que cuenta con un hijo, con la finalidad de que el padre pueda hacerse responsable de manera voluntaria de la paternidad del mismo. En pocas palabras, todas estas situaciones, deberán ser valoradas por el juez, atendiendo a cada una de las específicas circunstancias, buscando proteger a la víctima de los daños ocasionados, es decir, al hijo no reconocido, y examinando a la vez tanto la conducta de la madre como la del padre, en aplicación del Principio del Interés superior del niño.

---

<sup>53</sup> DE VERDA, J [et al.]. *op. cit.*, pp. 114 y 115.

### **3.4. Legitimados para demandar la indemnización de daños**

Indiscutiblemente, para poder proceder a demandar una indemnización, debe existir un sujeto pasible de haber sufrido un daño. En el supuesto fáctico abordado, quien se encuentra legitimado para exigir una indemnización, es el hijo no reconocido, porque es él quien ha sufrido el daño, ya sea este de carácter material y moral, a causa de la omisión paterna. Siendo el hijo no reconocido el afectado directo, no cabe ninguna duda, por tanto, que el menor será el legitimado para accionar por esa causa.

Si bien el hijo perjudicado por el no reconocimiento de la paternidad, es el verdadero legitimado para pedir la indemnización de los daños sufridos, se debe rescatar que tanto el hijo y la madre se encuentran facultados para iniciar las acciones pertinentes, sin embargo, teniendo en cuenta que el principal afectado por el hecho mencionado anteriormente es el hijo no reconocido, porque sufre el daño de forma directa y cuenta con la legitimación para exigir su reconocimiento y la indemnización por daños y perjuicios, la acción la podrá interponer el hijo siempre y cuando este sea mayor de edad. Sin embargo, la presente investigación, ha tomado como centro de análisis al menor de edad no reconocido por su padre, por cuanto, deberá ser la madre quien actúe a favor y en representación de su menor hijo de manera oportuna, en aplicación conjunta de los artículos 45 y 407 del Código Civil.

Por otro lado, al igual que el menor no reconocido, la madre también puede ser susceptible de sufrir daños, como producto del no reconocimiento de la paternidad. Los daños en este caso, no se encuentran sesgados a aspectos sólo de tipo material, sino que también por aspectos de tipo moral, debido a que el padre del menor al no asumir de forma voluntaria con las obligaciones concernientes a la paternidad, desencadena en ella una serie de aflicciones, sufrimientos, angustias, depresión, etc., al tener que afrontar ella sola con la crianza del menor. Sin embargo, la acción de daños y perjuicios, presenta un carácter personalísimo, lo que implica que sólo el damnificado directo se encuentra autorizado legalmente para exigir una reparación por concepto del daño moral ocasionado en él; sin embargo, en lo que respecta a los daños que habrían de ser sufridos por la madre, al ser estos de tipo indirectos, no podrán ser objeto de reclamo alguno

respecto al daño moral, en el proceso iniciado en representación de su menor hijo.<sup>54</sup>

Como se ha dicho anteriormente, la madre puede llegar a ser una víctima indirecta de los daños desligados por la omisión del reconocimiento de la paternidad de su menor hijo, lo que la legitima a reclamar, a título personal, los daños sufridos y exigir en su beneficio una reparación por la generación de dichos daños. Sin embargo nuestra legislación, actualmente no ha establecido una delimitación específica sobre este supuesto de hecho, por lo que la madre debería ser protegida jurídicamente, de manera que ello le permita reclamar no sólo daños de tipo material, sino también de tipo moral.

Mientras tanto, la teoría de la responsabilidad civil, particularmente busca atender esa necesidad social convertida en un interés jurídicamente relevante, que consiste en tutelar la situación de la persona afectada por un daño, proporcionando una respuesta al menoscabo, mediante su reparación, en base a la búsqueda de su máxima protección. En consecuencia, al ser dos los sujetos pasivos que sufren los daños propios de la omisión de reconocimiento de la paternidad, es necesario mencionar, que ambos sujetos se encuentran en la capacidad de poder exigir un resarcimiento por los daños originados de forma independiente. Por un lado, el menor no reconocido podrá accionar bajo la representación de su madre, la cual solicitará al órgano judicial competente, que se le indemnice por los daños que hubiesen generado, al omitir cumplir el padre con sus obligaciones propias de una relación paterno filial, así como por haber privado al menor en colocarlo en un estado de familia. Independientemente de lo mencionado, la madre del menor, podrá a su vez accionar como legitimada directa para reclamar el daño material y psicológico sufrido.

---

<sup>54</sup> Cfr. MEDINA, G. *op. Cit.*, pp. 128 y 129.



## **CAPÍTULO IV. DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALUACIÓN EN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LA OMISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL**

### **4.1. El daño moral. ¿Es posible su real cuantificación?**

Como bien se ha señalado en el capítulo anterior, es conveniente resaltar que para que exista responsabilidad civil, se requiere de la presencia de un elemento importante como es el daño o perjuicio; y a su vez la existencia de una persona que lo sufre, es decir una víctima. El daño o perjuicio, es un elemento importante de la responsabilidad civil, y sin la presencia de éste elemento no podríamos hablar de ella. Sin embargo, en lo que se refiere al daño de naturaleza extrapatrimonial, debemos precisar que debido a su carácter plenamente subjetivo, éste podría verse limitado al momento de establecerse su cuantificación, porque el daño recae plenamente en bienes o derechos que presentan una naturaleza no patrimonial, que no le permite ser reparado en sentido literal o absoluto, ya que el perjuicio lo sufre la espiritualidad de la persona. El hablar de daño moral, es hablar del daño a bienes o derechos que no se pueden restablecer, porque no forman parte del tráfico jurídico, tales como el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza, la muerte de un ser querido, y otros muchos supuestos que integran el contenido de un genérico daño moral.<sup>55</sup> Sin embargo, pese a que parezca un poco inexorable tratar el tema del resarcimiento por daño moral desde el punto

---

<sup>55</sup> *Cfr.* REGLERO, F [et al.]. *op. Cit.*, p. 224.

de vista pecuniario, resulta ser el resarcimiento en dinero, el único remedio que podría darse para poder reparar un dolor o un sentimiento.

Así mismo, se debe agregar que, si bien el daño extrapatrimonial se caracteriza por no contar con la potestad de ser expresado en términos económicos, sobre ello DIEGO ARMAN VARGAS menciona que, “Estos daños difícilmente podrán ser reparados, pues la persona humana y su contenido –una vez vulnerado– no puede ser devuelto a su estado original tal como si los daños nunca se hubiesen producido, es por esta razón que muchos señalan que las indemnizaciones otorgadas a daños no patrimoniales únicamente tienen naturaleza mitigante y no reparativa.”<sup>56</sup> Indiscutiblemente, hablar de una reparación del daño es inadecuado, en el sentido que no podemos pretender remediar o revertir un dolor o sentimiento tan íntimo, por lo que únicamente sería viable frente a esto, el brindar una reparación que pueda atenuar las condiciones en las que pueda encontrarse el afectado o víctima del daño. Considerando por tanto mencionada situación, y para simplificar, el hecho que el daño no pueda ser cuantificado en dinero no implica que no deba ser resarcido mediante sumas económicas, ya que si bien no podrá retornarse al estado previo en el que se encontraba la víctima al hecho dañoso, se salvaguarda la posibilidad de ayudar, a que de cierta forma, la víctima logre sobrellevar mejor el dolor o sufrimiento causado por el evento dañoso. Dado que por regla general, nadie puede causar daño a otro, debe entenderse por tanto que quien transgreda dicha regla de la responsabilidad civil, se encontrará obligado a asumir las consecuencias por los perjuicios que se hayan ocasionado, ya sea que estos deriven de una relación de tipo contractual o extracontractual.

Ahora bien, en lo que respecta a la indemnización por daño moral de tipo extracontractual, cualquier lesión o agravio producido a los bienes jurídicos que el Derecho protege, en cuanto a la indemnización económica que se deberá de otorgar a la víctima, no puede entenderse bajo los criterios de la equivalencia, porque dicha característica es propia de la compensación de los daños de tipo patrimonial. Por ello, al ser el Derecho quien deba encontrar la solución más justa frente al caso concreto que se encuentre, es que se ha previsto normativamente que

---

<sup>56</sup> HARMAN, D., “Consideraciones sobre la indemnización equitativa y el daño extrapatrimonial” en *Jus Jurisprudencia, Comentarios a la Jurisprudencia y Praxis Jurídica*, N° 9, Setiembre, 2008, p. 108.

cualquier daño padecido por la víctima o dañado, deba ser compensado a través de sumas dinerarias, de manera que logren de alguna forma reflejar el valor del bien que se ha dañado.

Sin embargo, pese a que el caso que nos compete en este trabajo de investigación, tiene como principal protagonista las consecuencias jurídicas generadas por el no reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, al ser éstas de tipo extrapatrimonial, es que deberá operar en este caso una reparación por el daño provocado, con un carácter de tipo compensatorio porque sería inadmisibles, como bien se señaló anteriormente, retornar a la etapa de la concepción y lograr reparar económicamente el daño generado al hijo no reconocido. Sería a su vez absurdo, fijar un monto determinado o tomar como punto de partida el tiempo transcurrido entre la concepción y el momento en que el padre reconoce la paternidad del hijo extramatrimonial, pues nuestro Código Civil alberga la concepción de que la cuantía de la compensación deberá estar sujeta a la valoración realizada por el juez.

#### **4.2. La medida del daño. La difícil tarea de su cuantificación y su especial apreciación judicial**

La reparación del daño, es la función principal o esencial de la responsabilidad civil, cuyo objetivo inmediato, es lograr que la víctima del daño se encuentre en una situación de lo más cercana a la inmediatamente anterior al hecho lesivo. Lograr tal cometido, implica la realización de un conmensurado deslinde de los criterios a seguir al momento de establecer la valoración de los daños, ante un necesario resarcimiento de los daños ocasionados a la víctima, en este caso, al menor no reconocido voluntariamente. Si bien la compensación o resarcimiento en dinero otorgado a la víctima, es muchas veces aproximada y casi nunca exacta, esto se debe indudablemente a la inmaterialidad o extrapatrimonialidad del daño sufrido por el hijo no reconocido.

Respecto de la cuantificación del daño, como bien menciona ALEJANDRA ABREVAYA; es una tarea difícil, y mucho más, el lograr elegir los parámetros para el resarcimiento del daño moral. La labor de cuantificación del dolor, la aflicción espiritual, se presenta como casi imposible y mucho más si no se tienen unas pautas pre determinadas o concretas en términos dinerarios. Esto, es como tratar de establecer

criterios objetivos, en lo que presenta por el contrario, un origen en lo subjetivo, por tal motivo es que se goza de un amplio parámetro para su determinación. Queda claro, que lo que realmente se busca, no es ponderar o medir el daño desde el punto de vista patrimonial, sino, que se logre compensar con bienes que puedan otorgar otros beneficios o prerrogativas por el sufrimiento padecido.<sup>57</sup>

Como bien se ha mencionado a lo largo de este trabajo de investigación, el no reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, trae consigo la producción de una serie de daños sobre el menor que no es reconocido, por ello frente a este supuesto, la responsabilidad civil debe amparar a la víctima ante la omisión del padre de no aceptar de forma voluntaria la relación de filiación. Por consiguiente, existe la necesidad de brindar una indemnización por el daño moral originado, independientemente de que los daños ocasionados no puedan ser revertidos a través del resarcimiento o compensación que corresponda para el caso en concreto. Nuestro ordenamiento jurídico, ha establecido un criterio de valoración en caso el daño no pudiera ser cuantificado de manera exacta o concreta, por ello el artículo 1332 del Código Civil, a través de criterio de la valoración equitativa, establece que será el juez quien debe de fijar una indemnización equitativa bajo un análisis exhaustivo del caso en concreto, así como de las circunstancias presentadas al momento de la comisión del daño. Pese a ello, el resarcimiento del daño moral, no se agota con el simple hecho de lograr establecer un monto para su indemnización, sino que hacerlo, implica compensar a la víctima dejando de lado sumas puramente simbólicas, que dejan a la vista, muchas veces, el simple actuar arbitrario de los jueces, ya que en algunas ocasiones crean una idea de justicia y equidad imposible de ser logrado.

Como bien se dijo, la indemnización del daño moral, debe ser fijada teniendo en cuenta de forma prudencial, la situación personal que atraviesa la víctima, así como los efectos que el daño pudo haber causado en ella. De igual forma, son diversas las sentencias que precisan que el medio de compensación más idóneo frente a estos casos, es una de tipo pecuniaria. Un ejemplo de ello, es la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, a través de la

---

<sup>57</sup> ABREVAYA, A., *El daño y su cuantificación judicial*. 1° ed., Abeledo Perrot., Buenos Aires, 2008, pp. 332 y 333.

CAS. N° 5060-2011-Huaura sobre divorcio por causal de separación de hecho, donde se hace mención a lo referente al daño moral o también conocido como daño a la persona, entendida como aquella lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal, afectando y comprometiendo a la persona en todo cuanto a ella carece de connotación económico patrimonial. Así mismo, entiende que el daño a la persona comprende toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces, se tenga que cuantificar económicamente. Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral, el mismo que se encuentra configurado o constituido por las angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona, como por ejemplo en el caso del divorcio por causal, donde padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Hay que mencionar también, que en lo referente a los daños en los casos de divorcio por causal, la Corte Suprema en la Casación aludida, indica también que la indemnización por daño moral, al encontrarse comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal manera que no se otorgue un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o resarcimiento puede constituir un enriquecimiento injusto para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco deben de establecerse unos topes máximos o mínimos, sino que el resarcimiento debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otras circunstancias. De otro lado también, deberá tomarse en cuenta algunas circunstancias de tipo subjetivas, como pueden ser la edad, el estado de salud de la víctima, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aun las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.

Sintetizando, lo mencionado hasta aquí, y como bien lo he señalado anteriormente, la postura adoptada por la Corte Suprema es la establecida por nuestro Código Civil en el artículo 1332, es decir la de otorgar una indemnización por daño moral basándose en una valoración equitativa. Por el contrario, en el caso que ocupa el presente trabajo de investigación, no es posible acudir a un criterio de reintegración en forma específica, porque no podemos pretender otorgar un equivalente en dinero, ya que no se está haciendo referencia a una indemnización con una función resarcitoria, sino más bien a una de tipo reparadora, porque sería absurdo entender que la víctima pueda retornar al estado de las cosas anteriores al evento que le causó el daño.

De la misma forma, y como bien lo señala DIEGO ARMAN VARGAS sobre lo tipificado en el artículo 1332 del Código Civil; el criterio equitativo o también llamado juicio de equidad, no implica que sea un criterio meramente arbitrario por el simple hecho de que sea el juez en cada caso en concreto, el que deba valorar los daños. Por el contrario, el criterio de los jueces, tendrá una connotación de tipo discrecional, al tener que valorar los daños en base a fundamentos, lógicamente, en los medios de prueba que hayan sido aportados por la víctima. Esto supone a su vez, investigar sobre los elementos a los que se supone el juez deberá atenerse, lo cual desde ya no es una tarea fácil, por lo que será indispensable recurrir a parámetros racionales para poder lograr obtener una debida y adecuada cuantificación de los daños.

#### **4.3. Tratamiento desde una perspectiva del derecho comparado sobre la determinación de los criterios de cuantificación del daño.**

Con respecto a lo afirmado anteriormente, en relación a las indemnizaciones otorgadas como consecuencia del daño moral, es necesario hacer mención a lo que hoy ciertamente parece ser una especie de incertidumbre y desconcierto razonable, en razón de lo que se puede entender por indemnización en diversos supuesto, que aunque pese a tener las mismas aristas u orígenes, finalmente pueden acabar en una indemnización totalmente distinta una de la otra, provocando muchas veces un grado de inseguridad jurídica. Hecha esta salvedad, deseo hacer mención a lo relacionado con la actuación de los jueces, que al no contar con unos criterios determinados para establecer el quantum del resarcimiento, suelen descuidar algunos puntos o elementos que implican

ser de gran importancia al momento de establecer la valuación de los daños.

La reparación del daño ocasionado en este caso, estará finalmente concretada en la valoración que los jueces hagan de los perjuicios sufridos por la víctima, los cuales deberán resultar ser resarcibles. Sin embargo, dicha valoración no puede ser una limitación para la víctima, quien al lograr presentar todo el material probatorio necesario para comprobar los daños originados, obtenga una reparación o compensación irrisoria y muy alejada a lo que debía de entenderse por equitativo y no arbitrario. Por el contrario, el juez deberá atenerse a una, y quizá ardua, tarea en lo que respecta a los parámetros racionales que deberá de arribar para su respectiva y adecuada cuantificación. En este sentido, una mirada hacia el derecho comparado, siempre es de importancia y, como tal, resulta de mucho beneficio si se pretende entender un poco más acerca de la problemática de la cuantificación de la indemnización por daño moral.

En cuanto a la indemnización por daños morales, seguidos por el ordenamiento jurídico argentino, no existe un establecimiento expreso de los criterios necesarios para fijar el quantum de la indemnización, razón por la cual entregan su determinación a la apreciación y criterio judicial. Una excepción a esta regla general sin embargo, se encuentra en materia de derecho laboral, donde las indemnizaciones legales se encuentran establecidas como tarifas fijadas con anterioridad, de modo que resulta mucho más sencillo para los jueces determinar el monto indemnizatorio, siempre que se encuentren las partes dentro del supuesto legal establecido. Sin embargo, la doctrina argentina, adopta diversos criterios para lograr resarcir el daño moral, como por ejemplo en lo que se refiere al resarcimiento de tipo cuantitativo, adoptan catálogos con tarifas indemnizatorias fijas. Por otro lado, también adoptan el uso de patrones que permiten calcular una justa media para la cuantificación del daño moral, “la justa medida para la cuantificación del daño moral reside en la combinación adecuada del factor flexible, fundado en el principio de la equidad que con el factor uniforme, que consiste en la confección, a través de medios electrónicos, de cuadros estadísticos que determinen el monto de las liquidaciones para todos los tribunales, uniformando y facilitando la tarea de los jueces y abogados”.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> CARNEIRO, M., *Método de valuación del daño moral. De los Lenguajes al derecho*. 1º ed., Hammurabi., Buenos Aires, 2001, p.72.

El ordenamiento jurídico brasileño, sin embargo, sigue una controversia en la doctrina y la jurisprudencia en lo relacionado a la fijación del quantum indemnizatorio para el resarcimiento de los daños morales, pues no hay un dispositivo legal en concreto que haga referencia al cálculo objetivo del daño con una base determinada. Aquí también encontramos una discusión en torno a si la indemnización debería tener un fin meramente resarcitorio o más bien uno de tipo punitivo. “En Brasil predomina la idea de que la fijación del valor resarcimiento del daño moral debe quedar sujeto al prudente arbitrio de los jueces, respetando los principios generales del derecho y de la doctrina, auxiliándose con pareceres técnicos o laudos periciales, acatándolos o no, según comprobación de las circunstancias de los autos”.<sup>59</sup> Hay que mencionar además, que en lo referente al material probatorio aportado por las partes, este resulta ser de mucha importancia, ya que con los medios aportados se puede determinar si existe una importante vinculación entre el daño y la fijación del quantum indemnizatorio. De este modo, la jurisprudencia y la doctrina brasileña, adopta de forma preferente un sistema de compensación al de punición, ya que al fijar la indemnización prescinde no de elementos cualitativos, sino que otorga preponderancia a los de tipo cuantitativo.

A diferencia de los sistemas latinoamericanos mencionados anteriormente, el sistema español, brinda un mismo tratamiento en lo que respecta a los daños de tipo material y los daños de tipo moral, sin importar si estos presentan un origen de tipo contractual o extracontractual. Para ello, el criterio aplicado para la determinación de las indemnizaciones, se establece como un todo, en el sentido que abarcan en un mismo monto los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, lo que lleva a que sea complicado el poder discernir entre lo referente al monto de la indemnización por el daño material o patrimonial y el daño extrapatrimonial o moral. “No obstante, la particularidad de este sistema es que es el único país de la Unión Europea que posee un baremo vinculante de responsabilidad civil. Esta incorporación se produjo a través de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 1995, la cual introdujo un Anexo llamado “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, que en realidad no es otra cosa que un baremo y a pesar de que ha sido objeto de variadas críticas y

---

<sup>59</sup> *Ibíd.* p.86.

polémicas dentro de la doctrina, las sentencias del Tribunal Constitucional le han otorgado valor vinculante, manteniendo su constitucionalidad. Este sistema de baremo establece un detallado régimen normativo de predeterminación y cuantificación legal de los daños a las personas o daños físicos ocasionados en los accidentes producidos por la circulación de vehículos a motor. Dicho método establece ciertos límites que operan acotando los razonamientos y cuantías para determinar las correspondientes indemnizaciones por tales daños, a través de la aplicación generalizada de los criterios y tablas que propone al efecto”.<sup>60</sup>

Sin lugar a dudas, existen largos esfuerzos por parte de la jurisprudencia extranjera, para lograr establecer criterios predeterminados que viabilicen de forma efectiva, la labor de los jueces al momento de emitir sentencias en procesos de indemnización por daños y perjuicios, con el fin sobre todo, de permitir a la víctima obtener un resarcimiento de los daños de forma equitativa. Queda claro también, que nuestra realidad jurídica presenta un gran retraso a diferencia de la extranjera, ya que en lo referente a la predeterminación y cuantificación legal, aún existe un vacío que deberá ser cubierto con una práctica judicial uniforme, que escape del criterio de equidad, y que uniformice por el contrario, criterios de carácter subjetivo, así como también se empleen de forma conjunta los principios de la responsabilidad civil.

#### **4.4. Elementos de tipo subjetivo de especial atención por el juez**

Si bien es cierto, hoy en día existen innumerables situaciones donde se pueden verificar daños morales, también lo es que gran parte de la doctrina y la jurisprudencia extranjera realiza una intensa labor para lograr clasificar cada uno de estos daños. Lo cierto a su vez, es que hablar del daño moral en América del Sur así como en otros países de habla castellana, implica hablar de una Teoría jurídica del daño, en la que se distingue claramente entre la reparación natural y la reparación por equivalencia.<sup>61</sup> Pese a existir mencionada clasificación, el hecho es que cualquier reparación del daño, sea de tipo patrimonial o extrapatrimonial, acarrea una sanción pecuniaria determinada, la misma que deberá ser

---

<sup>60</sup> PÉREZ Retamal, Doris; CASTILLO Pinaud, Claudia. *Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago: Universidad de Chile, 2012. 21 p.

<sup>61</sup> *Ibíd.* pp. 68 y 69.

fijada por un juez, salvo una posible restitución del bien. Sin embargo, el caso que nos ocupa, nos lleva a plantear una necesaria especificación de los elementos que dicho juzgador debe tomar en cuenta al otorgar una indemnización a favor de la víctima.

La profesora argentina MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, al explicar la dificultad que implica para los jueces el determinar la cuantificación del menoscabo moral, cita al jurista argentino BREBBIA, el mismo que advierte la necesidad de tener en cuenta dos aspectos; el primero de ellos referente a la gravedad del daño, donde se va a requerir de la valuación de la extensión y profundidad de la lesión, situación que se verá reflejada en un factor de carácter temporal, como por ejemplo el tiempo que tomará la víctima para su cura y recuperación. A su vez, se toma en consideración la intencionalidad del agente, los medios empleados, las secuelas dejadas en la víctima, las consecuencias de orden material, etc. En segundo lugar, se sigue un orden de tipo subjetivo, por lo que la personalidad de la víctima será un factor a considerar, pues los daños morales nacen de la lesión sufrida en el componente psíquico-espiritual del perjudicado.<sup>62</sup>

Respecto a los citados aspectos, deseo subrayar, que no son más que condiciones de tipo cualitativo respecto del daño originado en la víctima, es decir gira en torno a la extensión o repercusión generada en la persona, por lo que será de mucha relevancia la calidad del material probatorio aportado al proceso, de manera que el juez pueda lograr establecer de forma más exacta y concreta el monto de la reparación a otorgar.

Al mismo tiempo, el citado jurista argentino BREBBIA, precisa que existen circunstancias de tipo social y psicológico que son atendidas al momento de realizar un análisis conmensurado del quantum del daño, como por ejemplo: “a) La situación familiar y social de la víctima: los vínculos familiares de mayor o menor grado del perjudicado con los miembros de un grupo biológico, la posición y función ejercidas en ese grupo, *a fortiori*, el concepto o reputación social de la víctima, factor muy importante, especialmente en los casos de ataque a la honra y a la honestidad. b) La receptividad particular de la víctima: respecto a una condición fisiológica específica del individuo, o mismo sobre la

---

<sup>62</sup> Cfr. *Ibid.* p. 69.

estructura psicológica de la personalidad que hace al sujeto más o menos vulnerable, susceptible, resistente a esta o aquella forma de dolor. c) La gravedad de la falta cometida: debe repercutir el monto de la reparación en una medida equivalente a la gravedad y extensión a la falta en que se ha incurrido. La gravedad de la falta puede, al mismo tiempo, determinar la dimensión y constituir la pauta para estimar el perjuicio. d) La personalidad del autor del acto ilícito: así como ocurre en el derecho penal, los antecedentes y un supuesto grado de “peligrosidad” del agente, así como las características de su índole, repercuten significativamente para efectivizar el monto de la indemnización debida a la víctima del daño moral.”<sup>63</sup>

Si bien estos elementos mencionados, suelen ser los tradicionalmente utilizados de forma general por la doctrina argentina para poder determinar el quantum de la indemnización por daño moral; también es cierto que en lo que respecta a la actuación de los jueces en nuestro país, y por estar ésta sujeta a criterios de equidad al momento de realizar la valoración del daño, deberán encontrar un punto medio que impida la configuración de un enriquecimiento ilícito o por el contrario una reparación simbólica que termine por perjudicar al menor no reconocido. Sin embargo, pese a que nuestra legislación precisa la necesidad de seguir los criterios de valoración equitativa, en virtud a lo establecido en el artículo 1332 del Código Civil, es por estas razones que el juez debe ponderar con mucha más razón las situaciones particulares del caso sujeto a su decisión.

A su vez, en lo que respecta a los daños existentes por la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad, estos son consecuencia inmediata de la omisión de dar cumplimiento inmediato a las obligaciones que tiene el padre con el hijo que no ha reconocido. Este no cumplimiento del rol paterno, coloca al menor en un estado de padecimiento, consecuencia natural por la ausencia de la figura paterna en los distintos estados de la vida social del menor, lo que lleva a que la responsabilidad civil deba de actuar, otorgando un resarcimiento por el agravio moral desencadenado por dicha conducta omisiva del padre. Es una verdad universal, el reconocer que todo hijo necesita tanto de una madre y un padre para su desarrollo y estructuración equilibrada de sus características psicológicas, por ello cualquier tipo de daño que se

---

<sup>63</sup> *Ibíd.* p. 70.

ocasionen en el menor por la ausencia imputable por dolo o culpa a los padres, deberá ser indemnizado bajo el régimen de la responsabilidad civil como consecuencia de los perjuicios de carácter patrimonial y moral que se ocasionen en el menor.

Como bien se ha analizado al inicio del presente capítulo, la doctrina argentina ha brindado un adecuado tratamiento, a cada uno de los puntos que pueden ser tomados en cuenta o valorados por el juez, al momento de establecer una sentencia en relación al monto de la indemnización que deberá de ofrecer a la víctima, pese a que no haya en el ámbito del derecho de familia una regulación precisa que señale qué elementos son los valorados de forma previa para estimar el quantum de la indemnización en cuanto a los daños originados en las relaciones familiares.

Precisamente, el no contar con una normativa civil en nuestro país en relación a la omisión de la responsabilidad civil dentro del ámbito de las relaciones familiares, razón por la cual se viene negando la posibilidad de peticionar daños originados dentro de ellas, resulta de mucho interés contar con una regulación que brinde cobertura en el ámbito de la responsabilidad civil, de manera que ésta sea reflejo de los cambios originados en las diversas manifestaciones de nuestra sociedad. Frente a este problema, al no contar con una norma que admita esta figura de la responsabilidad en el ámbito del derecho de familia, como si ocurre en muchos países que lo están incorporando de manera paulatina en sus respectivos ordenamientos legales, resulta imprescindible establecer una serie de parámetros o elementos que deberían ser valorados por los jueces de cara a una eventual sentencia de indemnización por daño moral. Por ello a continuación mencionaré los elementos que a mi criterio deberían ser desarrollados al momento de determinar la cuantía del resarcimiento, en relación a la omisión de reconocer de forma voluntaria la paternidad de un hijo extramatrimonial.

En lo que respecta al daño moral por falta de reconocimiento de la paternidad, éste se ve reflejado en diferentes aspectos: a) En primer lugar se debe tomar en consideración el perjuicio de tipo psicológico, debido a que la falta de determinación del vínculo paterno filial produce perturbaciones en el siquismo infantil. Un pleno equilibrio psicológico, implica tener un pleno goce de la salud y el desarrollo de las potencialidades propias de cada individuo, por lo tanto, cuando se

quiebra, se produce un perjuicio que de alguna forma debe ser reparado. Esta inestabilidad o daño en la psiquis, se ve reflejado en las perturbaciones producidas en el área del comportamiento del individuo, llevándolo a disminuir sus capacidades y funciones.<sup>64</sup> De modo que, lo que se pretende resarcir con la indemnización, son los padecimientos anímicos y espirituales señalados, los cuales han sido producto de una falta de emplazamiento en el estado de hijo, es decir la ausencia de una relación paterno filial, situación que debe ser en primer término debidamente valorada por el juez, en función al material probatorio presentado al proceso; b) En segundo lugar, el perjuicio ocasionado como producto de la ausencia de un vínculo filial pleno (materno y paterno). De esta manera, el menor no reconocido se ve privado de gozar de un hogar constituido por un vínculo materno y paterno, en la que se puedan establecer un conjunto de relaciones entre padres e hijo, generando así una serie de derechos y obligaciones entre los mismos; c) La vulneración al derecho a la identidad. La búsqueda de su propia identidad, es una característica propia de todo niño durante la etapa de su formación, por lo que cualquier tipo de entorpecimiento o frustración en ese periodo o etapa repercute en su persona, en tanto la identidad es entendida como aquel presupuesto que hace referencia a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, así como a todo lo que respecta a su propio ser; d) Ser sujeto de discriminación en el ámbito social; e) Por último, todos los perjuicios que se encuentran vinculados a la falta de exteriorización jurídica del presupuesto biológico, traducidos en la privación de derechos subjetivos emergentes del título de estado. Por ejemplo, no se puede exigir el cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad, según lo establecido en el artículo 423 del Código Civil (como son deberes de crianza, asistencia, educación, debida comunicación, etc.).

Finalmente, para su cuantificación, el juez deberá tener en cuenta la gravedad objetiva del daño, en base a cada uno de los elementos mencionados, ya que la víctima sufre una especie de limitación en su sensibilidad, la misma que implica ser de tipo moral, por cuanto se ve afectado el normal ejercicio de sus facultades o capacidades que implican el ejercicio regular de una actividad, el relacionarse con los miembros de su familia, el ejercicio de una actividad extracurricular, etc.<sup>65</sup> Es una

---

<sup>64</sup> Cfr. GHERSI, C., *Cuantificación económica. Daño moral y psicológico*. 3º ed., Astrea., Buenos Aires, 2006, pp. 107 y 108.

<sup>65</sup> Cfr. QUINTANILLA, M., *El daño moral resarcible. La íntima sensibilidad*. 1º ed., Lerner, Córdoba, 2008, p. 160.

difícil labor el lograr descifrar la magnitud sufrida por el menor durante el tiempo que no contaba con el apellido de su padre por la negativa de reconocerlo, es una compleja tarea del juzgador el poder concretar el monto del resarcimiento de manera que ésta logre ser lo más posible un equivalente del daño generado. “En definitiva, la formación de la moral de las personas lleva un proceso interno; cuando durante éste ocurre algún evento que lo corta o impide su normal desenvolvimiento provoca el agravio moral y, de esta forma, a mayor aproximación con aquel punto de partida, mayor gravedad revestirá para el sujeto afectado; es decir, sea incipiente o consolidado, deparará coartar al individuo en la preparación y expectativas en el disfrute de un bien personal o una facultad determinada, o cuando éstas se encuentren en su pleno ejercicio.”<sup>66</sup>

**a) El principio de la reparación integral.**

Dicho lo anterior, examinaré de forma breve el principio de la reparación integral, pero primero empezaré por señalar que la responsabilidad civil extracontractual al ser una institución civil tiene como principal objeto, el lograr otorgar una reparación a la víctima del daño, mas no otorgar una sanción al causante del daño, ya que su preocupación principal radica en que la víctima no se encuentre desamparada ante el daño ocasionado. A su vez, la responsabilidad civil deberá de brindar una valoración a los perjuicios ocasionados a la víctima a través de unidades monetarias, función que deberá de cumplir el juez al momento de señalar el valor del daño a indemnizar.

En nuestro país, tanto la doctrina, la norma y la jurisprudencia han tratado de ser sistematizadas, de manera que permitan determinar la valuación adecuada del monto indemnizatorio, tomando en consideración que esta no es vista como una compilación limitada o *numerus clausus*, sino que por el contrario deberá ser alimentada de forma paulatina.<sup>67</sup> Sin embargo, he considerado conveniente para el presente trabajo de investigación, el tratar sólo uno de estos criterios, resumido en lo que se conoce por el principio de la reparación integral. “Este

---

<sup>66</sup> *Ibíd.* p. 45.

<sup>67</sup> Cfr. MANZANARE, M., *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia.* 1º ed., Grijley, Lima, 2008, p. 137.

principio, conocido también en su expresión latina “*restitutio in integrum*”, se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Se trata en otras palabras, de que el perjudicado le sea reparado la totalidad del daño por él padecido, en la medida en que dicho daño haya resultado imputable a un tercero. Para que ello suceda es preciso que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo; y, en segundo lugar, esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado”.<sup>68</sup>

Pese a ello, la reparación integral puede pasar a ser una tarea no del todo sencilla, aunque una primera impresión de la misma resulte contraria. Tal dificultad, se da en relación a los daños no patrimoniales, pues no resulta sencillo poder traducir en su equivalente pecuniario una apreciación concreta del perjuicio sufrido por la víctima. “Es cierto que en ocasiones, como ocurre con los daños futuros o con los lucros cesantes, pueden plantearse problemas de prueba que lleven a reparar menos daños que los inicialmente alegados por el perjudicado, limitando la medida de la reparación hasta el límite de los perjuicios efectivamente probados, en coherencia con el requisito de la necesaria certeza y consiguiente prueba de los daños resarcibles”.<sup>69</sup> La reparación de daños no patrimoniales, recae como hemos recalado, sobre intereses de las personas que son por naturaleza no susceptibles de encontrar un equivalente entre el perjuicio y su reparación, por ello “quedan, así, al margen de la *restitutio in integrum*, puesto que tales daños carecen de un módulo o valor de referencia o comparación, lo que determina que su valoración quede remitida a la libre discrecionalidad de los órganos judiciales”.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> NAVEIRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. 1º ed., Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 2006, p. 186.

<sup>69</sup> *Ibíd.* p. 188.

<sup>70</sup> *Ibíd.* p. 189.

Ahora, en lo que respecta a los daños o perjuicios originados en la víctima por el no reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, la falta de emplazamiento filial lleva a que el hijo no reconocido, sólo cuente con el apellido de su madre sin poder alegar la paternidad de quien se encuentra responsable para tal fin. Esta falta o ausencia paterna, causa en el hijo un daño en su desarrollo psicológico, sobre todo ésta afectación se acentúa en alguna de las etapas de la vida de la víctima, como por ejemplo en su adolescencia. Por ello, lo que se debe buscar resarcir con dicha indemnización por daño moral, es todo lo relacionado con los sufrimientos tanto anímicos como espirituales que hayan sido producto de una situación determinada, como es el caso del no reconocimiento de la paternidad. Una reparación integral del daño en este caso, implica que las condiciones o afecciones sufridas por el menor sean valoradas de forma debida, por lo que el juez atendiendo a la especial sensibilidad de los derechos que han sido limitados durante el periodo en el que el hijo perjudicado no contaba con el apellido de su padre, y de acuerdo a las pruebas que atiendan el proceso, así como en aplicación del principio de la reparación integral es que determinará el monto de la reparación.

**b) El principio del interés superior del niño.**

En relación al Principio del Interés Superior del Niño, tenemos que éste no se encuentra hoy ubicado entre los principios que regulan el Derecho de Familia, sin embargo sí se encuentra regulado en el Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en el que se señala que; “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. Sin embargo, un especial encuadre de este principio, lo hallamos en la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en nuestro país, el cual establece en su Artículo 3 inciso 1 que “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”.

La aplicación de este principio, no debe estar limitado a los miembros integrantes de una familia, sino que también lleva a vincular a los órganos del Estado, como son el Legislativo, Judicial, Ministerio Público, Gobierno Regional, etc. En lo que respecta a la política legislativa relacionada con los niños y adolescentes, sin lugar a duda deberá estar predominantemente guiada por el principio o el conjunto de criterios que compone el interés superior del niño y, evidentemente, en lo que respecta a la labor judicial y, sobre todo a las decisiones de los tribunales de justicia en los que estén envueltos los intereses de niños o adolescentes, deberán ser inspiradas, orientadas y determinadas por el principio del interés superior del niño. A su vez, la sociedad también cumple un papel predominante, pues aparece como obligada a dar cumplimiento a los criterios que integran el mejor interés del niño.

En lo que respecta a la función de los tribunales de justicia, haré mención a la sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el Exp. N.º 02079-2009-PHC/TC – Lima, la cual establece a manera de análisis sobre éste principio lo siguiente: “En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa”.

Como bien indica el Tribunal Constitucional, de cara a cualquier interés que ponga en juego los derechos del niño o adolescente, el juez en este caso deberá de aplicar éste principio ante cualquier tipo de vacío normativo que perjudique al menor.

Por ello, en lo referente al reconocimiento de un hijo extramatrimonial y los daños consecuencia de la omisión de tal acto, deberá prestar una especial valoración a este principio y al conjunto de circunstancias que colocaron al menor en una situación de no contar con el apellido de su padre y de no encontrarse emplazado dentro de una relación familiar, perjuicios que urgen de una especial consideración al momento de resarcir los daños.

De igual modo, según el Expediente N° 3873-2014 San Martín, el cual es materia de consulta ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; sobre el caso particular de impugnación de paternidad de un menor de edad, se hace una mención a la gran importancia que cumple el Principio del Interés Superior del Niño, precisando en el considerando número siete de la sentencia lo siguiente: “El caso particular, sobre impugnación de paternidad de un menor de edad, se encuentra vinculado a derechos e intereses conexos al Principio del Interés Superior del Niño, el cual además de encontrar sustento en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado que establece una protección especial al mismo, también se encuentra reconocido como una guía hermenéutica que orienta las decisiones judiciales en todos los casos en que se encuentre de por medio, los derechos e intereses de un menor de edad, así el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de sus diversos poderes, como el judicial y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad.”

Por otra parte, qué sucede en el caso del mayor de 18 años que demanda el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, seguida de una demanda de indemnización por daños y perjuicios, es decir, ¿podría ser de aplicación en éste caso el principio del interés superior del niño? Si procedemos a realizar una detenida interpretación de este principio, nos daremos cuenta que el fundamento de la especial protección a la infancia y la adolescencia, se debe a la situación de vulnerabilidad en la que la persona se puede encontrar en dicha etapa de su vida. Cualquier derecho o interés que se encuentre en juego durante ese periodo, deberá de brindársele una especial protección en atención a su

condición, por ello, al ser un mayor de edad el que demande la indemnización por daño moral ante la falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, considero que podría aplicarse dicho principio, por cuanto el periodo de valoración de los daños sufridos corresponden en su mayoría al periodo de su niñez. En consecuencia, la aplicación retroactiva de este principio, permitirá al juez realizar una valoración más exacta de los daños en relación al período de niñez y adolescencia por las que atravesó la víctima, y la debida fundamentación al emitir la sentencia respectiva.

En consecuencia, lo que se busca con la aplicación de este principio al momento de la determinación del monto de la indemnización por el daño moral sufrido por el menor, es que sea consagrado como regla primordial que vaya inclusive por encima de los intereses de los padres y de las demás personas que se pudieran ver implicadas. Lo que se debe entender, es que cualquier derecho del niño tiene una especial protección, y su tutela deberá de prevalecer desde un primer momento en toda relación judicial, de manera que, el interés moral y material de los hijos que no hayan sido reconocidos por sus padres deba tener prioridad sobre cualquier otro tipo de circunstancia, y por ello, toda decisión que deba de tomarse con respecto a sus derechos, llevará a que se decida lo que resulte más beneficioso para su protección.

#### **4.5. Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la reparación del daño subjetivo por el juez.**

Lo que ciertamente se torna muy delicado, y a su vez, muy complicado en determinar, es el tratar de medir el daño ocasionado a la persona, y mucho más cuando el daño es de tipo subjetivo, para luego en base a ello, cuantificar el monto del resarcimiento. Sin embargo, hoy en día se requiere de una regulación normativa que fije los criterios para tal fin, con el objeto de evitar que las decisiones jurisprudenciales sujetas a la valoración realizada por el juez, bajo la justificación simplista del criterio de equidad, se tornen en arbitrarias.

En tal sentido, pasaré a esbozar una serie de criterios que considero resultan ser los más adecuados para lograr nuestro objetivo, los mismos que enfocaré en base a lo siguiente:

**a) Criterio económico**

- Condición económica del causante del daño: “Si bien todos somos iguales ante la ley (igualdad formal) y no sería justo que quien causare un daño a otro sea una persona que cuente con recursos económicos y por ello se le exija un mayor monto económico, también es cierto que en supuestos en que se combinan con el siguiente criterio (reiteración de la actividad generadora del daño), se le deberá de exigir un mayor monto económico atendiendo a la función disuasiva y preventiva de la responsabilidad civil”.<sup>71</sup> Respecto de este criterio, es conveniente realizar una valoración de la condición o capacidad de tipo económica del sujeto activo, es decir el valorar la situación económica que afronta el padre tanto desde el momento de la comisión del hecho antijurídico y la presentación de la demanda de indemnización por daño moral. Considero que dicho factor, deberá ser de especial observancia para el juez, ya que ello le permitirá aplicar un criterio de equidad al momento de establecer la cuantía de la compensación y lograr que la misma sea cubierta de forma efectiva al momento de emitir la sentencia respectiva.

**b) Criterio sociocultural**

- El nivel socio cultural del padre: Muchas veces, la trasgresión de un deber genérico suele ser consecuencia del desconocimiento del mismo. El nivel sociocultural del sujeto que trasgrede una norma, puede ser considerado como un atenuante de la sanción que acarrea dicho incumplimiento, lo que por el contrario, no exime de que sea objeto de una posible sanción. Situación similar, es la que sucede cuando nos encontramos frente a un sujeto que desconoce las consecuencias jurídicas que acarrearán el no reconocer de

---

<sup>71</sup> IBARRA, D., “Los criterios para otorgar resarcimientos en la responsabilidad civil extracontractual” en *Actualidad Jurídica*, N° 252, Noviembre, 2014, pp. 47 y 48.

forma oportuna a sus descendientes. Aunque quizá, tal situación sea muy poco probable hoy en día, no debemos ser ajenos a la realidad sociocultural de nuestro país, ya que situaciones como éstas se presentan sobre todo en poblaciones andinas que no conocen el deber de cumplimiento de las normas aplicables en los casos de paternidad o relaciones de tipo paterno filial y sus respectivos deberes que surgen como consecuencia de las mismas.

- Las circunstancias en las que se generó la omisión de reconocimiento: Con este criterio, se presta especial atención a los factores que originaron que el padre no reconozca a su hijo, es decir si la omisión del reconocimiento se debía por condiciones de tipo involuntarios o por el contrario por condiciones que atendían a la propia voluntad del padre de no atender a su obligación de reconocer la paternidad de su hijo extramatrimonial. El hablar de factores involuntarios, es hablar de situaciones que escapan de la voluntad del agente responsable de los daños, y situaciones como esta, se presentan por ejemplo cuando la madre del menor ha omitido poner en conocimiento al padre de su estado de gestación por una razón de reproche o rechazo hacia él, lo que finalmente termina por perjudicar al menor quien llevará el apellido solo de la madre.

**c) Psicológico**

- La intensidad del dolo o culpa del causante: “En este criterio se deberá evaluar si el causante actuó con negligencia, imprudencia o impericia (culpa) o si actuó con intención de causar el daño (dolo). En el primer supuesto, el monto de la reparación será menor que con respecto al segundo supuesto”.<sup>72</sup> Considerando que, este criterio es uno de tipo psicológico, porque en relación a la intensión del agente activo del daño moral, es que se podrá determinar de la misma forma, el impacto ocasionado en la psiquis de la víctima.

---

<sup>72</sup> *Ibíd.* p. 47.

- La sensibilidad de la persona ofendida y la intensidad del daño ocasionado y probado: “Los estado depresivos forman parte del daño moral, el cual comprende no sólo los padecimientos, dolores, tribulaciones, sino también el daño psíquico transitorio o permanente. (...) El monto a indemnizar por el daño psicológico, debe integrar el daño moral”.<sup>73</sup> Los efectos psicológicos ocasionados en la víctima, son un elemento de mucho valor para el juez, el cual deberá de evaluar a detalle el grado de sensibilidad e intensidad del daño que le haya ocasionado al menor no reconocido, situación que puede lograr a concretarse de forma debida, a través de material probatorio aportado por la demandante, pues de no ser así, y debido a la sensibilidad de los derechos transgredidos, es que el juez deberá de solicitar de oficio que el menor sea sometido a una serie de pericias psicológicas que lo lleven a conocer con certeza la magnitud de los daños generados.
  
- La edad del niño al momento de la demanda interposición de la demanda: Resulta ser éste un criterio de mucha importancia, pues el tomar en consideración la edad del niño no reconocido, permitirá al juez establecer el tiempo que el menor debió afrontar las limitaciones propias de ir sin el apellido de su padre biológico. En consecuencia, el monto del resarcimiento será considerado en base a los perjuicios afrontados por el menor, en dependencia de la edad que tenga y las condiciones y caracteres psicológicos que se desarrollan en la etapa en la que se encuentre el menor. Considero que mientras más consciente sea el niño de los perjuicios que conlleva el no contar con los apellidos de sus dos padres, mayor será el impacto en la psiquis de este, por lo que la indemnización a otorgar deberá ser mayor.

---

<sup>73</sup> Cfr. GHERSI, C. *op. Cit.*, p. 229.

A modo de conclusión, es necesario afirmar que resulta ser una realidad jurídica la escasa regulación en lo que respecta a los daños que se generan en las relaciones de familia, sobre todo en lo referente al no reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, o que ha dejado sin protección jurídica a aquellos niños que atraviesan la etapa de su niñez y adolescencia sin el apellido de su progenitor, bien porque se desconoce de la existencia de la paternidad, ya sea porque la madre del menor decide no entablar las acciones pertinentes en su debida oportunidad, o bien porque el padre al conocer de la existencia del menor como su hijo, decide no asumir sus obligaciones paterno filiales.

Por ello, hoy urge la necesidad de un replanteamiento normativo, de manera que se modifiquen muchos de los artículos que alberga el Código Civil, como por ejemplo el artículo 2 que regula el reconocimiento judicial del embarazo, por cuanto la madre se encuentra facultada a solicitar el reconocimiento de su estado de gestación o del parto, cuando realmente debería de tratarse de una norma de tipo imperativa que obligue a la mujer a solicitar se le reconozca su real estado, ya que estaría en juego no sólo los intereses del menor por nacer, sino también los intereses del progenitor. Por otro lado también tenemos el artículo 21 del Código Civil, donde se precisa que al momento de realizar la madre la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá ésta revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido, situación que es entendida como un acto voluntario de la madre de revelar la identidad del progenitor, por lo que urge de igual forma compatibilizar estos artículos y establecer sea revelada la identidad del presunto progenitor de forma obligatoria, lo cual llevará a que no se genere una incertidumbre respecto a la necesidad de dar a conocer o no la identidad del progenitor, por cuanto es de importancia que se produzca una modificación normativa en ambos artículos, de manera que sea un imperativo el tener que dar a conocer al registrador la identidad del presunto progenitor en este caso, por cuanto esto añadiría responsabilidad en el mismo de notificar al presunto padre, bien para que proceda a reconocer la paternidad del menor o bien para poder entablar las acciones respectivas.

Finalmente, es de notar que urge una introducción normativa en el libro de familia, sobre todo en lo que respecta al Título II y Capítulo Primero del Código Civil, que regula lo relacionado a la filiación extramatrimonial. Es decir, así como bien existe una regulación explícita que establece un supuesto de indemnización por daño moral derivado del divorcio por causal, donde el juez por concepto de daño moral podrá establecer una reparación del daño al cónyuge inocente, también es de vital importancia se concrete un supuesto de indemnización por daño moral derivado del no reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial, de manera que exista una debida compatibilidad entre las instituciones que regula el derecho de familia y el derecho de la responsabilidad civil.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Hoy en día, tenemos una escasa regulación normativa en materia de daños desencadenados en las relaciones familiares, debido en algunos casos a la afirmación de que es muy poco probable que lleguen a ocasionarse daños entre los miembros de una familia. Esta situación, ha llevado a que se niegue la posibilidad de reclamar daños emergentes de las relaciones de familia, por lo que el presente trabajo de investigación busca sensibilizar no sólo a los legisladores frente a la carencia normativa actual, sino que también busca se realice una actualización de las normas en relación de las diversas manifestaciones presentes en la actualidad social, las mismas que se manifiestan en exigencias que en ningún orden de la vida en sociedad es permisible, es decir la de permitir se transgredan las leyes sin una consecuente sanción en materia de responsabilidad civil.

**SEGUNDA.-** Es necesario recalcar, que la realidad social de hoy es alarmante en lo que se refiere al número de niños que hoy no cuentan con la figura de un padre, ni con el apellido de éste y su consecuente protección jurídica. Ello, nos lleva a replantear la necesidad de una adecuada regulación o reestructuración de las instituciones del Derecho de Familia, que se encuentran relacionadas a las consecuencias jurídicas que trae el no reconocer oportunamente la paternidad de un hijo. Por ello, es de mucha urgencia el promover a una solución de tipo jurídico, de cara a ésta problemática no sólo de tipo jurídica sino también social.

**TERCERA.-** El Derecho de Familia debe ser replanteado, sobre todo en lo que respecta a la necesaria regulación de las consecuencias jurídicas que logren desencadenar los progenitores que hayan limitado los derechos del menor de conocer sus orígenes biológicos para lograr emplazarlo en el estado de familia que le pertenece, así como por la comisión de los actos antijurídicos que no le hayan permitido gozar de una relación padre hijo. De lograrse este nuevo replanteamiento normativo, las herramientas jurídicas para los jueces serían diversas, sobre todo en lo que respecta a la aplicación de los principios generales que surgen de la responsabilidad civil, y posteriormente se logre a su vez poder avanzar hacia una reparación integral del daño por el no reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial.

**CUARTO.-** Así como actualmente existe una regulación explícita que establece un supuesto de indemnización por daño moral derivado del divorcio por causal, donde el juez por concepto de daño moral podrá establecer una reparación del daño al cónyuge inocente, también es de vital importancia se concrete un supuesto de indemnización por daño moral derivado del no reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial, el cual debería estar incorporado en el libro de familia, en lo que respecta al Título II y Capítulo Primero del Código Civil, que regula lo relacionado a la filiación extramatrimonial.

**QUINTO.-** Respecto de la cuantificación del daño moral en el caso concreto, no basta con la simple aplicación de los criterios de equidad, ante la difícil tarea de cuantificar el daño moral ante la omisión del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, sino que la labor judicial debe radicar en la especial sensibilidad sobre la materia que le compete resolver. Es decir, para lograr resarcir el daño ocasionado sobre el hijo no reconocido, la aplicación de los principios del Interés Superior del Niño y el Principio de la Reparación Integral, se muestran como herramientas de gran valor para analizar los hechos y el material probatorio aportado al proceso.

**SEXTO.-** Existe la necesidad de establecer, una serie de criterios apropiados para la cuantificación de la reparación del daño subjetivo por el juez, los cuales prescinden de ser valorados en base a elementos de tipo económico, sociocultural y psicológico. Cada uno de ellos, serán analizados en base al material probatorio que haya sido aportado al proceso por la parte demandante, situación sin embargo, que no debe ser ajena a la aplicación de los instrumentos normativos internacionales que abordan los temas relacionados al reconocimiento de la paternidad, el derecho a la identidad y el derecho a la verdad biológica.



## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- ABREVAYA, A., *El daño y su cuantificación judicial*, Abeledo Perrot., Buenos Aires, 2008.
- ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil: IV Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2006.
- ADORNO, L; CIFUENTES, S... [et al.], *Daño y protección a la persona humana*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993.
- ARIAS DE RONCHIETTO, C; LAFERRIERE, U... [et al.], *La filiación: sus desafíos jurídicos hoy*, Educa, Buenos Aires, 2010.
- BARBOZA, E; BARCHI, L... [et al.], *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: Comentarios a las Normas del Código Civil, Volumen II*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- CALDERÓN, C., *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el Derecho Civil Peruano*, MOTIVENSA SRL, Lima, 2014.
- CALDERON, C; ZAPATA, M; AGURTO, C., *Persona, derecho y libertad: escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa, Lima, 2009.
- CARNEIRO, M.F., *Método de valuación del daño moral: de los lenguajes al derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

- DARAY, H., *Daño psicológico*, Editorial Astrea de A. y R. Depalma, Buenos Aires, 2006.
- DARAY, H., *Daño psicológico: caracterización. Diferencia con el agravio moral. Reclamación*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- DE LOS MOZOS, J. L.; SOTO COAGUILA, C. A., *Responsabilidad civil derecho de daños: teoría de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2006.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La Responsabilidad extracontractual*, Tomo II, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.; ATIENZA NAVARRO, M... [et al.] *Daños en el derecho de familia*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- DUTTO, Ricardo J., *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- FERNÁNDEZ, M., *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, Dykinson, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ, C., *Derecho a la identidad personal*, Instituto Pacífico, Buenos Aires, 2015.
- GHERSI, C., *Cuantificación económica: daño moral y psicológico: daño a la psiquis*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2006.
- GHERSI, C., *Cuantificación económica. Daño moral y psicológico*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010.
- MANZANARE, M., *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, Grijley, Lima, 2008.

- MARCOS OYARZÚN, F., *Reparación integral del daño: el daño moral*, Bayer Hermanos, Barcelona, 2002.
- MEDINA, G., *Daños en el derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- MÉNDEZ COSTA, M., *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- MÉNDEZ, M J., *Derecho de Familia. Tomo III*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2010.
- NAVEIRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 2006.
- QUINTANILLA, M., *El daño moral resarcible: la íntima sensibilidad*, Lerner Editora, Córdoba, 2008.
- REGLERO, F [et al.], *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- SAMBRIZZI, E., *Daños en el derecho de familia*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- TABOADA, L., *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2003.
- TORRES, A., *Derecho a la identidad y la reproducción humana asistida heteróloga*, Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014.
- TRIGO REPRESAS, F; LÓPEZ MESA, M., *Tratado de la responsabilidad civil: el derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- URIBURÚ BRAVO, J. H., *Introducción al sistema de la responsabilidad civil peruano: una aproximación a los supuestos elementos, requisitos y presupuestos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2009.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E., *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial: en razón de la ley 28457 y la acción intimatoria de paternidad: procreación asistida y socioafectividad*, Jurista Editores, Lima, 2010.

VEGA, Y., *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Tomo I*, IDEMSA, Lima, 2010.

ZANNONI, E., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

ZANNONI, E., *Derecho Civil: Derecho de Familia. Tomo II*. 3° ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.

## REVISTAS

BARLETTA, M., “*Los Procesos de exclusión de nombre y su incidencia en el derecho a la identidad de los niños*” en *Jus Jurisprudencia*, N° 4, 2008.

HARMAN, D., “*Consideraciones sobre la indemnización equitativa y el daño extrapatrimonial*” en *Jus Jurisprudencia, Comentarios a la Jurisprudencia y Praxis Jurídica*, N° 9, 2008.

IBARRA, D., “*Los criterios para otorgar resarcimientos en la responsabilidad civil extracontractual*” en *Actualidad Jurídica*, N° 252, 2014.

PLACIDO, A., “*El petitum y la causa petendi en la reclamación de paternidad extramatrimonial*” en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 40, 2002.

## **TESIS**

GONZALES, O. *Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial*. Tesis (Licenciatura en Derecho). San José: Universidad de Costa Rica, 2013.

PÉREZ, D; CASTILLO, C; *Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago: Universidad de Chile, 2012.