

**UNIVERSIDAD NACIONAL SAN CRISTOBAL DE HUAMANGA**

**ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



**“LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL”**

**TESIS**

**Para optar el título profesional de**

**ABOGADO**

**Aspirante: CARLA ARCE ESPINOZA**

**Asesor: DR. JOSÉ HINOSTROZA AUCASIME**

**AYACUCHO - PERÚ**

**2015**

## ÍNDICE

DEDICATORIA.....	1
AGRADECIMIENTO.....	2
RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN.....	5
LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA OPOSICIÓN EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	6

## CAPITULO I

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	6
1.1 Descripción de la Realidad Problemática.....	6
1.2. Fomulación del Problema.....	7
1.3. Indagación sobre Investigaciones Preexistentes.....	7
1.4. Delimitación de la Investigación.....	8
1.5. Alcances de la Investigación.....	8
2. objetivos de la investigación.....	8
3. Justificación, importancia y limitación de la investigación.....	9
3.1. Justificación de la Investigación.....	9
3.2. Importancia de la Investigación.....	9
3.3. Limitación de la investigación.....	10
4. Marco teórico.....	10
4.1. Antecedentes de la Investigación.....	10
4.2. Fundamentos o bases Teóricas.....	11
4.3. Marco Conceptual.....	13
5. Fomulación de la hipótesis de trabajo.....	16
6. Identificación y clasificación de las variables.....	17
7. Metodología de la investigación.....	17
7.1. Tipo y Nivel de la Investigación.....	17
7.2. Método y Diseño de la Investigación.....	18
7.2.1. Método de Investigación.....	18
7.2.2. Diseño de Investigación.....	18
7.3. Universo, Población y Muestra.....	18
7.4. Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos.....	19

7.5. Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos Recolectados.....	19
--	----

## **CAPITULO II**

<b>1.- FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....</b>	<b>20</b>
--	-----------

### **SECCIÓN I**

<b>FILIACIÓN.....</b>	<b>20</b>
-----------------------	-----------

1.1. Generalidades.....	20
-------------------------	----

1.2. Concepto.....	20
--------------------	----

1.3. Clases de Filiación.....	22
-------------------------------	----

1.3.1. Filiación Matrimonial.....	22
-----------------------------------	----

1.3.2. Filiación Extramatrimonial.....	24
--	----

### **SECCIÓN II**

<b>RECONOCIMIENTO.....</b>	<b>24</b>
----------------------------	-----------

1. Generalidades.....	24
-----------------------	----

2. Concepto.....	25
------------------	----

3. Características.....	25
-------------------------	----

4. Efectos jurídicos.....	26
---------------------------	----

5. Formas de realizar el reconocimiento en la Legislación peruana.....	27
--	----

5.1. Reconocimiento en el registro de nacimiento.....	28
---	----

5.2. Reconocimiento por escritura pública.....	29
--	----

5.3. Reconocimiento por Testamento.....	30
---	----

5.4. Otras Formas de reconocimiento.....	32
--	----

## **CAPÍTULO III:**

### **SECCIÓN I**

<b>RESPONSABILIDAD CIVIL.....</b>	<b>35</b>
-----------------------------------	-----------

1.- Generalidades.....	35
------------------------	----

2.- Evolución y contenido de la responsabilidad civil.....	35
--	----

3. Concepto.....	39
------------------	----

4.- Presupuestos de la responsabilidad civil.....	40
---	----

4.1. La antijuridicidad. Teorías.....	40
---------------------------------------	----

4.2. Daño. Teorías.....	43
4.2.1. Daño Patrimonial y Extra-Patrimonial.....	48
4.3. Nexos de causalidad. Diversas teorías.....	54
4.4. Diversas Teorías.....	56
4.5. Factores de atribución. Teorías.....	59
5.- Funciones que se le atribuye a la responsabilidad civil.....	67
5.1. Función resarcitoria.....	67
5.2. Función preventiva.....	67
5.3. Función sancionadora o punitiva.....	68
6.- Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	69
6.1. Responsabilidad civil extracontractual.....	74
6.1.2. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual.....	75
6.1.2.1. El daño o lesión del bien jurídico.....	76
6.1.2.2. Daño resarcible.....	81
6.1.2.3. Daños no resarcibles.....	99
6.1.2.4. La relación de causalidad.....	100
6.1.2.5. Teoría de la causa próxima.....	102
6.1.2.6. Teoría de la causa adecuada o de la adecuación.....	103

## SECCIÓN II

<b>RESPONSABILIDAD Y DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA.....</b>	<b>105</b>
1.- Generalidades.....	105
2.- Caracteres de la Responsabilidad Civil en el <u>Derecho de Familia</u> .....	106
3. Interrelación entre el Derecho de Familia y el Derecho de Daños.....	106
3.1. Daños en el Derecho de Familia.....	106
3.2.- Daños en el Derecho de Familia en el Perú.....	109
3.2.1. Evolución de la Indemnización por daño moral en el Perú.....	110
4. Responsabilidad por no Reconocimiento de Hijo Extramatrimonial.....	112
4.1. Fundamentos.....	112
4.1.1. Tesis Positiva.....	113
4.1.2. Tesis Negativa.....	114
5. Derecho del Hijo a la Identidad.....	115
5.1. Origen Biológico.....	115
5.2. Presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia.....	117

5.2.1. Factor de atribución.....	118
5.2.2. Daño.....	119
5.2.3. Relación de causalidad.....	122

### **SECCIÓN III**

<b>EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD.....</b>	<b>124</b>
---	------------

### **CAPÍTULO IV**

#### **SECCIÓN I**

<b>ASUNTO CONTROVERTIDO.....</b>	<b>128</b>
1. Concepto.....	128
2. Momento desde que se considera asunto controvertido en la responsabilidad civil derivado de la oposición de la filiación. ....	128

#### **SECCIÓN II**

<b>PROCESO.....</b>	<b>129</b>
1. Definición de Proceso.....	129
2. Clases de Proceso del Código Procesal Civil.....	130
2.1. Proceso Sumarísimo.....	130

#### **SECCIÓN III**

<b>JURISPRUDENCIA NACIONAL.....</b>	<b>136</b>
-------------------------------------	------------

### **CAPÍTULO V**

<b>ENCUESTAS.....</b>	<b>143</b>
<b>ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS Y SUS RESULTADOS.....</b>	<b>150</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>155</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>157</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>159</b>
<b>ANEXOS</b>	

***Dedicatoria:***

*A mis queridos, padres por haberme impulsado a seguir adelante durante toda la carrera y por el apoyo constante que recibí por parte de ellos.*

## **Agradecimiento**

Mi eterno agradecimiento a la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, por la capacitación académica; y de esta manera fortalecer mis conocimientos.

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación trata sobre el análisis de la conducta del padre que se opone al reconocimiento de su hijo extramatrimonial. La figura del reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado de manera arbitraria. Su fundamentación se basa en el derecho inherente de toda persona menor de edad a conocer su realidad biológica y tener una filiación, derecho reconocido ampliamente a nivel internacional, como por ejemplo en la Convención sobre los Derechos del Niño. Es así como los defensores de esta posición alegan que aunque el Derecho de Familia sea una materia especial ello no impide de ninguna manera la aplicación de los principios generales del Derecho, tal como es el caso de los correspondientes a la responsabilidad civil. Algunos de los países donde efectivamente se permite la indemnización por falta de reconocimiento son Francia, España y Argentina.

El presente tema prácticamente no ha sido desarrollado en nuestro país, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, aunado a la falta de regulación expresa en nuestras leyes. Con el estudio del tema de la responsabilidad por la oposición al reconocimiento en la filiación extramatrimonial, se buscará analizar los alcances del derecho a la identidad de la persona menor de edad, determinar los presupuestos de la responsabilidad civil, su aplicación en el Derecho de Familia y establecer si existe responsabilidad por la oposición al no reconocimiento de un hijo, y por ende la reparación del daño, según distintos y variados elementos.

La hipótesis del trabajo consiste en demostrar que efectivamente, al oponerse el padre a reconocer a su hijo extramatrimonial, incurre en una conducta dañosa, lo cual lesiona el derecho de filiación del hijo, a conocer su origen, determinar su identidad y por ende puede producir distintos tipos de daños el cual tiene que ser reparado y debe encontrarse amparado en una norma expresa sobre responsabilidad civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizará el método de investigación descriptivo y correlacional, con el fin de realizar una descripción de conceptos básicos del Derecho de Familia y la Responsabilidad Civil.

El objetivo general consiste en demostrar que la no incorporación de una norma por responsabilidad civil incide en la ausencia de procesos por responsabilidad civil en la

oposición al reconocimiento del padre, por lo cual se llega a la conclusión de que aun existiendo responsabilidad, tanto moral como material, no se puede reclamar una reparación, por no existir una norma expresa.

También se estudiará el concepto de responsabilidad civil a nivel doctrinal y jurisprudencial, estableciendo sus diferentes tipos y determinando la relación existente entre el Derecho de Familia y el Derecho de Daños.

Además, se identificarán las diversas posturas de la doctrina en cuanto a si se produce un daño o no al hijo extramatrimonial, ante la falta de reconocimiento, exponiendo en qué consiste el daño ocasionado. Por último, se verificará si se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil ante la oposición del padre frente al reconocimiento a su hijo y si existen posibles causas eximentes de la responsabilidad por no reconocimiento.

El presente trabajo está estructurado en cinco capítulos. El primer capítulo busca exponer el planteamiento del problema, objetivo, justificación, marco teórico, formulación de la hipótesis, identificación de las variables y metodología de la investigación. El segundo capítulo busca exponer los conceptos básicos y fundamentales del Derecho de Familia, específicamente aquellos relacionados con la filiación y el reconocimiento, con el fin de analizar debidamente la filiación extramatrimonial. En el tercer capítulo se estudia las generalidades de la responsabilidad civil, enfatizando sus diferentes tipos y presupuestos, así como también se establecen los daños aplicables al caso concreto. Asimismo en este capítulo se pretende unir ambas ramas, Derecho de Familia y Derecho Civil, con el fin de determinar cuál es la aplicación del Derecho de Daños en el Derecho de Familia y exponiendo por qué la oposición al no reconocimiento del padre puede ocasionar daños y generar responsabilidad civil. En el cuarto capítulo se busca exponer que es asunto controvertido y que es proceso a fin de entender mejor el Código procesal Civil, así como también la interrelación que tiene esta misma con el tema a tratar en la presente investigación. En el quinto capítulo se analizara los instrumentos y los resultados obtenidos en la presente investigación.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está referido a la responsabilidad que tienen los padres ante la oposición al reconocimiento del hijo extramatrimonial, cuando dicha oposición de reconocimiento proviene de una conducta que le cause grave perjuicio al menor que no tiene culpa, la que se verifica cuando el padre se opone al reconocimiento del menor, privándole el derecho a la identidad. En efecto, creemos que la falta de emplazamiento y el consecuente daño que ello puede ocasionar, vulnera un derecho personalísimo, el cual se refiere a que los hijos tienen el derecho de conocer a sus progenitores y a tener su identidad.

La principal importancia del presente trabajo es introducir la responsabilidad civil por la oposición del reconocimiento del hijo extramatrimonial en el vigente Código Procesal 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 determinar los daños producidos en la persona del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente, en particular a su realidad existencial durante el tiempo transcurrido entre la procreación y el emplazamiento producto del pronunciamiento judicial en un juicio de reclamación de filiación extramatrimonial, habiendo transcurrido un lapso de tiempo suficiente como para ocasionar perjuicios al hijo. En síntesis, se tratará de dilucidar en esta investigación los daños ocasionados en el hijo extramatrimonial no reconocido, y como deben ser reparados de acuerdo a los presupuestos de la responsabilidad civil.

***La autora.***

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA OPOSICIÓN EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

## CAPITULO I

### 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Descripción de la Realidad Problemática

El reconocimiento de paternidad, es eminentemente un acto voluntario, es la expresión formal de la voluntad del progenitor que declara su paternidad y, consecuentemente, constituye un acto de emplazamiento filial. Este acto sólo otorga la filiación a los hijos que por una u otra razón tienen la anuencia o gracia del padre, dejando de lado a quienes no cuentan con ella, de tal manera que siendo hijos biológicamente, el progenitor les niega el derecho a ser considerados jurídicamente como tales, esto es, la oposición a la filiación extramatrimonial. En este último caso, muchas veces por el gasto económico y el tiempo transcurrido, se hace inviable la satisfacción del derecho a la paternidad por la vía judicial, generando así un daño económico y moral inesperado en la madre del menor y consecuentemente en el menor, pues se le ha negado el derecho a la identidad consagrado en los artículos 7 y 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, los que confieren a los hijos el derecho de conocer a sus progenitores y a tener su identidad, entonces se observa que son múltiples perjuicios derivados de la oposición a la filiación extramatrimonial, sin embargo, estos perjuicios no son resarcidos en una sentencia de filiación extramatrimonial.

En síntesis dentro de nuestro contexto existen miles de niños que no cuentan con su figura paterna ni con el apellido de éste y su protección jurídica, por lo que urge la necesidad de promover la solución a este gran problema a través de una norma expresa sobre responsabilidad civil frente a la oposición en la filiación extramatrimonial y así poder brindar la seguridad jurídica a los menores y sus madres que se convierten en víctimas y es que de ninguna manera podemos permitir que las conductas desviadas, egoístas, antisociales o reñidas con el vínculo extramatrimonial y filiatorio queden sin castigo so pretexto de no contar con la normatividad pertinente y al continuo reclamo social que exige castigo y resarcimiento respecto de quienes observan conductas reprochables de este tipo.

En nuestro país existe gran cantidad de personas que son hijos no reconocidos del total de nacimientos que se registran al año y debido a ello enfrentan el riesgo de la desprotección derivada de la falta de no ser reconocidos por sus padres; miles de estos niños no cuentan con su figura paterna ni con el apellido de este y su protección jurídica, por lo que urge la necesidad de promover la solución a este gran problema y brindar la seguridad jurídica a los menores que se convierten en víctimas ya que en estos casos hay alguien que queda con la sensación de desamparo y soporta un daño injusto al no tener culpa alguna toda vez que este flagelo social se ve reflejado en los estratos más pobres de nuestra población a nivel nacional.

Es necesario y urgente en nuestra realidad determinar en el ámbito familiar responsabilidades jurídicas y no sólo recriminaciones morales o repudio y desaprobación social, es necesario plantear la responsabilidad de los progenitores que se opongan al reconocimiento, ya que el solo el hecho de emplazar jurídicamente al progenitor, constituye un acto antijurídico que debe ser resarcido. Por lo que urge la necesidad imperiosa de incorporar la responsabilidad por la oposición al reconocimiento del hijo extramatrimonial, y consecuentemente se logre el reconocimiento de perjuicios tanto materiales como morales.

## **1.2. Formulación del Problema**

### **1.2.1. Problema Principal**

¿En qué medida incide la ausencia de responsabilidad civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial en el Código Procesal Civil peruano de 1993?

## **1.3. Indagación sobre Investigaciones Preexistentes**

Se ha realizado la verificación de la relación de estudios de investigación sobre el presente tema en la biblioteca de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga y la Universidad Alas Peruanas, en las cuales no se encontraron trabajos a nivel de Pre-Grado y tampoco de Post-Grado sobre la materia.

#### **1.4. Delimitación de la Investigación**

##### **a. Delimitación Espacial.**

La presente Investigación se efectuará en Perú.

##### **b. Delimitación Temporal**

La investigación comprenderá desde el mes de abril hasta el mes de agosto del 2015.

##### **c. Delimitación Cuantitativa**

La investigación se realizará en el Sexto Juzgado de Paz Letrado de Huamanga y será el expediente que se encuentre en dicho Juzgado con referencia al tema a estudiar.

#### **1.5. Alcances de la Investigación**

El alcance de la presente investigación será la necesidad de incorporar un proceso sumarísimo sobre responsabilidad civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial, a fin de que los justiciables, principalmente los demandados, puedan reconocer voluntariamente a sus descendientes, pues existirá una norma que sancione la oposición de reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial, y de ese modo propiciar que la cantidad de menores no reconocidos sea menor.

## **2. Objetivos de la investigación**

### **2.1. Objetivo general**

Investigar cómo incide la no incorporación como asunto contencioso en los procesos sumarísimos en la ausencia de responsabilidad civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial.

### **3. Justificación, importancia y limitación de la investigación**

#### **3.1. Justificación de la Investigación**

El tema de investigación es importante y trascendental, por ser la responsabilidad civil y la filiación extramatrimonial temas importantes y con significación, en primer término la responsabilidad civil, establece la obligación del sujeto de acatar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de hechos suscitados a consecuencia de sus propias acciones u omisiones, con afectación negativa en la esfera jurídica de otras personas. En un primer momento se creía que la reparación civil en el derecho de familia no debía existir a razón de que la filiación es un acto voluntario, no obligatorio, y su no ejercicio no puede generar obligación de reparar; además a ello porque se trataba de tutelar el interés familiar. Se debía atender, prioritariamente, "a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad"; por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, piedad o consideración debida entre sus miembros. Ello sin perjuicio de aplicar frente a las conductas antijurídicas las sanciones específicas de ese derecho.

Consideramos que, ahora que el reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado arbitrariamente, ya que el hijo no reconocido tiene un derecho constitucional y supranacional a ser reconocido por el progenitor; asimismo que la indemnización tiene una función reparadora por un daño injusto, es por ello que nuestro país tiene que admitir nuevas concepciones jurídicas para que exista una nación democrática e igualitaria.

#### **3.2. Importancia de la Investigación**

La presente tesis es importante porque va a contribuir a reflejar la situación jurídica de la responsabilidad civil en los procesos de filiación extramatrimonial.

Asimismo, será el primer trabajo en nuestra Región de Ayacucho que contribuirá a la existencia de una norma en la cual se establezca una reparación civil por los daños ocasionados a los hijos no reconocidos voluntariamente, y de ese modo reparar el daño ocasionado al hijo no reconocido.

### 3.3. Limitación de la investigación

La Limitación del presente trabajo, es la intransigencia de los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho de proporcionar información sobre expedientes en los cuales se haya visto procesos de responsabilidad civil referente a la filiación extramatrimonial.

## 4. Marco teórico

### 4.1. Antecedentes de la Investigación

Con relación al tema de investigación se ha encontrado la siguiente tesis:

**Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial.** Investigación hecha por *Rosa Isabel Olórtegui Delgado*, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, 2010, estableciendo lo siguiente:

**Objetivo:** “ Determinar el vacío legal o las lagunas del Derecho, respecto a la Legislación sobre la responsabilidad civil por la omisión al reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial que debe añadirse en el Código Civil vigente o insertarse en el nuevo Código Civil Peruano y determinar los daños producidos en la persona del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente, en particular el que recae sobre el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (en especial a la identidad filiatorio), a sus caracteres físicos y a su realidad existencial durante el tiempo transcendido entre la procreación y el emplazamiento producto del pronunciamiento judicial en un juicio de reclamación de filiación extramatrimonial”.

#### **Hipótesis:**

**H1.-** La omisión al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial, genera responsabilidad civil, por el daño material y moral; y, en consecuencia el correspondiente pago de la indemnización por el daño causado al hijo no reconocido de parte del padre o de a madre.

**H2.-** El hecho de no contar con una Legislación Civil en materia de Omisión de la Responsabilidad Civil dentro del ámbito familiar plenamente actualizada, ni con los

mecanismos efectivos que aseguren el cumplimiento del pago de la indemnización por el daño causado afecta en forma directa e integral a la víctima.

**Conclusiones:** No se trata simplemente de castigar actos antijurídicos, sino más bien de darle protección a una persona que ve vulnerados sus derechos por una conducta ajena, que no depende de su voluntad y que no tiene obligación de soportar. Hay una acción omisiva que provoca un perjuicio y el derecho no puede hacer oídos sordos a ello so pretexto de no existir una norma expresa que autorice, en el caso de las relaciones de familia, concretamente frente a la filiación, a reclamar una indemnización. El derecho es uno solo y debe integrarse como tal.

Cabe precisar que la investigación descrita anteriormente es por la omisión del progenitor, y el presente trabajo es la oposición al reconocimiento del progenitor, por cuanto la fuente de investigación será los expedientes del Sexto Juzgado de Paz Letrado, en los cuales exista una responsabilidad civil en los procesos de filiación extramatrimonial.

#### **4.2. Fundamentos o bases Teóricas**

Nuestros autores no suelen interesarse por los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil. Sin embargo es claro que la justicia conmutativa y la distributiva dan sólido basamento a la obligación de indemnizar, sobre todo porque en el siglo XXI ya se encuentra totalmente afianzada la responsabilidad sin necesidad de demostración de culpa, también llamada objetiva. La cuestión ha motivado gran preocupación en los juristas del common law. Así por ejemplo para el profesor del Chicago-Kent College of Law, Richard Wrigth, dos son las grandes teorías monistas que inspiran al derecho de daños. Una la teoría utilitaria, derivada principalmente de las enseñanzas de Jeremías Benthan y Stuart Mill, para quienes la norma principal de maximizar el bienestar social agregado (aggregate social welfare) se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión (compensation and deterrence). Para los utilitaristas el bienestar individual puede y debe ser sacrificado cuando haciéndolo se produzca una suma total de más alto bienestar agregado. El claro ejemplo de estas teorías lo encontramos en las limitaciones de responsabilidad para ciertas actividades sumamente riesgosas, p. ej. Navegación aeronáutica, en las que se realiza un cálculo según el cual quienes

sufran daños por estas actividades deben percibir una indemnización no integral. De no ser así esas actividades directamente pueden no desarrollarse y esto trae aún mayores inconvenientes que la indemnización no integral. En estos casos la merma de indemnización que sufren estas personas se justifica solamente por la suma de bienestar general que se produce por los beneficios del desarrollo de estas actividades. Funciona en estos casos la responsabilidad civil como un instrumento de redistribución de riqueza, como un seguro. La otra gran teoría para Wrigth es la teoría aristotélica kantiana del derecho o la justicia, que se basa en la igual libertad de todos los hombres. Para esta teoría el derecho de daños tiene como fin no una eficiente compensación, sino una “justa” compensación y disuasión (just compensation and deterrence). Para Kant la doctrina del derecho (doctrine of Right) enfoca hacia el aspecto externo del ejercicio de la libertad y tiene como principio a la máxima “actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos en concordancia con una ley universal”. Esta doctrina es la que da sustento a que ciertas obligaciones morales son también obligaciones legales cuyo cumplimiento puede ser obtenido coactivamente. La concepción de Aristóteles al igual que la de Kant es igualitaria y basada en la igualdad absoluta de la dignidad de todos los hombres por el solo hecho de ser seres racionales libres. Aristóteles es el creador de las expresiones conmutativa o correctiva y distributiva para designar a los dos tipos de justicia. Esta distinción fue desarrollada con más refinamiento por los primeros pensadores de la Iglesia, conocidos como la patrística hasta llegar a Santo Tomás de Aquino. La justicia distributiva para Aristóteles tiene que ver con la interacción de los individuos y el Estado, y se basa en la sola condición de la persona como integrante de la comunidad, abarcando potencialmente a todos los individuos. Los recursos o bienes existentes en la comunidad deben ser distribuidos de manera igualitaria en proporción al mérito o a las necesidades. Se relaciona la justicia distributiva con un aspecto positivo a tener acceso a esos recursos. En materia de daños esto tiene numerosas aplicaciones, por ejemplo quien causa un daño por incurrir en actividades riesgosas pero socialmente útiles, debe responder de los daños que causa aunque no se demuestre su culpa (responsabilidad objetiva). Es este tipo de justicia el fundamento también de la responsabilidad por el hecho de otro, conocida en el common law como respondeat superior o vicarious liability.

La justicia conmutativa o correctiva, en cambio tiene que ver con la interacción entre individuos y sin tener en cuenta su posición relativa en la sociedad, méritos, riqueza o poder. Si una persona afecta o amenaza los recursos de otra a través de una acción que es incompatible con el principio de la absoluta e igual libertad, la segunda tiene derecho a un reclamo contra la otra. Al revés de la justicia distributiva, la justicia conmutativa se relaciona con un aspecto negativo que da derecho al individuo a que nadie interfiera en sus derechos. Este tipo de justicia se corresponde claramente con la función compensatoria. El punto donde ambas clases de justicia convergen al igual que en la teoría kantiana es que todas parten de la absoluta igualdad y libertad de los hombres. La igualdad, como la libertad es uno de los principios rectores del derecho privado<sup>1</sup>.

#### **4.3. Marco Conceptual**

##### **a) Agravio.-**

Perjuicio que se hace a una persona en sus derechos o intereses. Daño u ofensa que se hace a una persona o cosa al tratarla peor o de modo diferente que a otra de su misma condición.

##### **b) Contencioso.-**

Litigioso, contradictorio, objeto de controversia.

##### **c) Contractual.-**

Procedente del contrato o derivado de él. Relativo al contrato.

##### **d) Eximente.-**

Que exime de una carga, culpa u obligación. Se aplica a la circunstancia que exime de la responsabilidad de un delito.

##### **e) Daño.-**

Efecto de dañar. Dolor físico o moral.

---

<sup>1</sup> Citado por LÓPEZ HERRERA, Edgardo en su artículo "Introducción a la Responsabilidad Civil". en el link <http://www.derecho.unf.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>.-visto el 05 de julio del 2015 a las 7:30pm.

**f) Daño emergente.-**

Detrimento o destrucción de bienes

**g) Daños y perjuicios.-**

Resarcimiento a fin de reparar un perjuicio que se ha causado a alguien.

**h) Daño psicológico.-**

Es una condición emocional que permanece por un período de tiempo largo donde la persona es limitada emocionalmente para mejorar como persona.

**i) Dolor psicológico.-**

Viene cuando esta situación emocional (el daño) se convierte en fortalecimiento y la persona encuentra nuevas formas de aprendizaje, con aspectos positivos y coherentes.

**j) Emplazar.-**

Citar a una persona en un lugar y un momento determinado, especialmente para que acuda ante el juez.

**k) Filiación.-**

Condición de ser hijo de unos padres determinados. Procedencia, lazo de parentesco de los hijos con sus padres.

**l) Indemnizar.-**

Resarcir de un daño o perjuicio. Compensar, generalmente con dinero, a una persona por un daño o perjuicio que ha recibido ella misma o sus propiedades.

**m) Maternidad.-**

Estado de la mujer que ha sido madre, estado o calidad de madre.

**n) Menoscabo.-**

Efecto de menoscabar o menoscabarse.

**o) Oposición.-**

Impedimento, estorbo, obstáculo. | Contrariedad. | Contradicción. | Resistencia. | Argumentación o razonamiento en contra. | Impugnación. | Competencia entre los aspirantes a una cátedra o a otro cargo o puesto. Sea para ingreso o para ascenso.

**q) Paternidad.-**

Condición o circunstancia de ser padre, calidad de padre, es decir estado del hombre que ha sido su padre, relación jurídica entre el padre y su hijo.

**r) Perjuicio.-**

Daño moral o material causado por una cosa en el valor de algo o en la salud, economía, bienestar o estimación moral de una persona.

**s) Reconocer.-**

Declarar una persona que tiene con otra un parentesco y aceptar los deberes y derechos que trae consigo.

**t) Reconocimiento voluntario.-**

El reconocimiento es el acto jurídico por el cual una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra. En la doctrina existe discrepancia en determinar si el reconocimiento es un acto constitutivo o declarativo de filiación, también existe el criterio ecléctico, que es lo primero cuando se trata de paternidad y lo segundo cuando se trata de la maternidad.

**u) Responsabilidad.-**

La voz "responsabilidad" proviene del latín "respondere" que significa "prometer", "merecer", "pagar".

Así, 'responsabilidad' significa: "el que responde" (fiador). En un sentido más restringido "responsum" ('responsable') significa: el obligado a responder de algo o de alguien.

#### **v) Responsabilidad civil.-**

La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. La responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien. Obligación moral o jurídica de responder de algo propio o ajeno. Obligación del que cumple sus obligaciones de la forma debida.

#### **w) Responsabilidad contractual.-**

Supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato.

#### **x) Responsabilidad extracontractual o aquiliana.-**

Responde, por el contrario a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo de los demás.

#### **y) Sumarísimo.-**

Superlativo de sumario (v.). Abreviadísimo, por los trámites más acelerados. La urgencia o sencillez de las causas, su gravedad o flagrancia determina, en el enjuiciamiento criminal, la formación y trámite del *juicio sumarísimo*

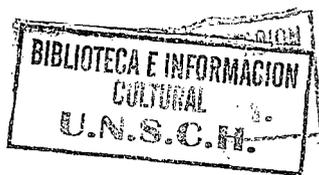
#### **z) Voluntario.-**

Que nace de la voluntad, que se hace sin estar obligado a ello, se presta voluntariamente a hacer algo.

### **5. Formulación de la hipótesis de trabajo**

#### **5.1. Hipótesis General**

La no incorporación como asunto contencioso en los procesos sumarísimos explica la ausencia de responsabilidad civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial.



## **6. Identificación y clasificación de las variables**

**6.1. Variable Independiente (X):** Responsabilidad Civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial.

**6.2. Variable Dependiente (Y):** Código Procesal Civil de 1993.

## **7. Metodología de la investigación**

### **7.1. Tipo y Nivel de la Investigación**

#### **7.1.1. Tipo de Investigación**

La presente investigación será de tipo:

- **Descriptivo**, porque se busca describir y analizar cómo se está manifestando los hechos, cuáles son sus características y sus consecuencias del tema a tratar.
  
- **Correlacional**, dado que vamos a estudiar cómo se relacionan o se vinculan los hechos entre sí.

#### **7.1.2. Nivel de Investigación**

Es una investigación racional o metódica porque se requiere el examen profundo, atento y minucioso de diferentes elementos, es decir, los datos que se encuentran en la realidad; de los problemas asumidos; de los planes para desarrollar todas y cada una de las actividades de la investigación.

## **7.2. Método y Diseño de la Investigación**

### **7.2.1. Método de Investigación**

A fin de manejar adecuadamente las informaciones en el desarrollo de la investigación, el método tendrá un nivel puro-descriptivo.

### **7.2.2. Diseño de Investigación**

- **No experimental** porque no se va a manipular variables ya que observaremos los hechos tal y como se están dando en la realidad.
- **Transeccional** ya que la presente investigación solo analizara los datos en el periodo establecido en la delimitación temporal.

## **7.3. Universo, Población y Muestra**

### **7.3.1. Universo**

Los Juzgados de Paz Letrado en los cuales existan expedientes sobre responsabilidad civil en los procesos de filiación extramatrimonial.

### **7.3.2. Población**

El Sexto Juzgado de Paz letrado en el cual exista expedientes sobre responsabilidad civil en los procesos de filiación extramatrimonial.

### **7.3.3. Muestra**

Un proceso sobre filiación extramatrimonial, en la cual exista daño moral y económico tanto al hijo como a la progenitora.

## **7.4. Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos**

### **7.4.1. Técnicas de recolección de datos**

Se utilizaron la observación directa simple, y la técnica de análisis documental o revisión de documentos para la recolección de datos acerca de las condiciones y actividades relacionadas al tema materia de investigación.

### **7.4.2. Instrumentos de recolección de datos**

Se emplearán el siguiente instrumento:

- **Encuestas.-** Considerando esta técnica, es utilizada en la selección de datos, mediante el cuestionario para descubrir la verdad, la realidad y la circunstancia en el que viene desarrollándose la atención de los que integran la población del estudio.
- **Análisis Documental.-** Considerando la lista de objetivos, esta técnica es indispensable para desarrollar la investigación propuesta, ya que es pertinente el estudio de la doctrina nacional e internacional y así mismo establecer comparaciones entre diversas legislaciones.

### **7.4.3. Fuentes de recolección de datos**

Expedientes del Sexto Juzgado de Paz Letrado referente a la responsabilidad civil frente a la oposición en la filiación extramatrimonial.

## **7.5. Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos Recolectados**

Luego de realizarse un análisis detallado, de los resultados obtenidos en la aplicación de los instrumentos, se procedió a agrupar las conclusiones en torno a las áreas de diagnóstico contemplados en los objetivos de la investigación, como son: reclutamiento, selección y desarrollo del recurso humano.

## CAPITULO II FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

### SECCIÓN I: Filiación

#### 1.1. Generalidades

A nivel doctrinal existen diversas acepciones de filiación tomando en consideración su trascendencia en la persona, familia y la sociedad.

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

La institución de la familia descansa en el orden jurídico del matrimonio (o unión estable), la filiación y la patria potestad<sup>2</sup>. Al igual que el matrimonio la filiación es sinónimo de familia al ser una de sus principales fuentes de generación, diríamos la naturalmente más trascendental en cumplimiento del mandato bíblico "creced y multiplicaos" (Génesis 1,28). No obstante, hay quienes la consideran la primordial fuente de la familia tomando en cuenta que es el parentesco más cercano y más importante: el que existe entre los padres y los hijos que, por su particular relevancia, toma el nombre de filiación.

#### 1.2. Concepto

En primer lugar, debe tenerse claro que filiación, paternidad y maternidad son conceptos íntimamente relacionados, concernientes a las relaciones jurídicas que existen entre un padre, una madre y sus respectivos hijos.

El origen de la palabra *filiación* viene del latín *filius*, el cual quiere decir "hijos". La Real Academia Española define la palabra filiación como la "*Procedencia de los*

---

<sup>2</sup> Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique en su "Libro Tratado de Derecho de Familia-Derecho de Filiación, Tomo IV"; RUBIO CORREA, Marcial. Las reglas del amor en probetas de laboratorio. Lima, Biblioteca de Derecho contemporáneo, Vol.2. Fondo editorial de la Pontificia Universidad de Católica del Perú, 1996, pp. 45 y 46.

*hijos respecto a los padres*<sup>3</sup>. Por lo tanto, la filiación existe por el simple hecho de la procreación, hecho productor de vínculos jurídicos en los distintos ordenamientos jurídicos de las sociedades. Esta figura, específicamente la paternidad, implica tanto un hecho biológico como uno jurídico. Sin embargo, dicha correspondencia puede no llegar a darse, pues el estado de filiación no siempre es correlativo a la paternidad real, denominada biológica.

El jurista argentino Eduardo Zannoni define la filiación como *"el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia"*.<sup>4</sup> Esto evidencia que se trata de una relación, tanto biológica como jurídica, que une a quienes incurren en el acto de la procreación con su hijo, producto de dicho acto.

Asimismo el tratadista costarricense Gerardo Trejos afirma que el concepto de filiación hace referencia a: *"... las relaciones civiles que existe entre padres e hijos se establecen en razón de enlace natural entre unos y otros existe por el hecho de la transmisión de la vida de los primeros a los segundos; y con particularidad, en cuanto se refiere a los derechos y obligaciones que recíprocamente les atañen, a causa del parentesco que los une"*.<sup>5</sup>

Por otra parte, el tratadista nacional Enrique Varsi Rospigliosi<sup>6</sup>, nos dice que la filiación extramatrimonial es entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre. Asimismo, que el concepto de filiación no tiene, en sentido jurídico, una autonomía propia: es más bien una calificación directa en la clasificación de sus varios tipos posibles de unión previstos en la ley y vistos en la conciencia social sea a favor o en contra. La maternidad y la paternidad fueron siempre consideradas como hechos biológicos, antes que el sistema jurídico les reconociera efectos jurídicos, razón por la cual la filiación fue *prima facie* como un hecho biológico<sup>7</sup> o biogénético derivado del engendramiento. Es un hecho natural que existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre, no

---

3 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición. [www.rae.es](http://www.rae.es) [Consulta: 27 de julio del 2015].

4 ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Buenos Aires, Tomo II, Editorial Astrea, 1989, p. 283.

5 TREJOS SALAS, Gerardo Alberto. Derecho de familia costarricense. San José, Tomo II, 1ra edición reimpresión, Editorial Juricentro, 2005, p. 23.

6 VARI ROPIGLIOSI, Enrique. Tratado de derecho de Familia-Derecho de la Filiación. Lima, Tomo IV, 1ra. edición, 2013, p. 65.

7 Díez Picazo, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Madrid, Volumen IV, 3ra. edición, 2da. reimpresión, Editorial Tecnos, 1986, p. 311.

así jurídicamente. Este hecho natural para hacerse valer requiere como presupuesto el haber sido determinado legalmente. Es un hecho y relación jurídicamente relevante.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores.

### **1.3. Clases de Filiación**

Nuestro ordenamiento jurídico distingue 2 tipos distintos de filiación, los cuales son: la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial.

#### **1.3.1. Filiación Matrimonial**

Denominada desde Roma filiación legítima, era la derivada por efectos del matrimonio otorgando a los hijos *ex iusto matrimonio* la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos. Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido diversas teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles extramatrimoniales.

##### **1.3.1.1. Teoría de la concepción**

Son hijos matrimoniales los engendrados por padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio o sean alumbrados después de disuelto o anulado el mismo. Es decir, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aun cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento.

Esta teoría establece una diferencia muy marcada entre los hijos de los mismos padres.

### **1.3.1.2. Teoría del nacimiento**

Serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que los padres están casados no importando el momento en que hayan sido engendrados. Según ésta teoría los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando aquellas hayan sido ya contraídas, contrario sensu no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar que la procreación se produjo durante su vigencia.

Esta teoría hace depender de manera ventajosa la calidad de la filiación de tres hechos:

- La celebración del matrimonio
- El parto y,
- La disolución o anulación de aquél.

### **1.3.1.3. Teoría mixta**

También denominada teoría del nacimiento-concepción es sustentando en los siguientes postulados:

- La vida humana se inicia con la concepción.
- El marido de la mujer se presume padre del hijo de ésta
- La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz o que pruebe su estado de ingravidez, disposición que se amplía para la mujer divorciada.
- La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.

Son hijos extramatrimoniales los concebidos y además nacidos fuera del matrimonio. Es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho propio de la concepción como del nacimiento, siempre

que se respeten los plazos legales determinados por la ley. Esta teoría es adoptada por el Código civil peruano (artículos 1, 243 inciso 3, 361 y 363 incisos 1 y 2, 386).

### **1.3.2. Filiación Extramatrimonial**

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido la filiación legítima de la ilegítima, determinando para aquella un trato privilegiado y degradando a ésta última. Sus antecedentes históricos los tenemos en el Derecho de la Roma Clásica donde se estimulaba la unión matrimonial dando fijeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de la unión matrimonial. La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituían delito la unión sexual de dos personas libres (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio).

En los casos antes mencionados el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural: enfamado es de fecho aquel que non nasce de casamiento derecho.<sup>8</sup>

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia. No existe el acto jurídico matrimonial que "garantice", por así decirlo, que la calidad de progenitor reside en el marido de la mujer. De allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional (declaración judicial) son los únicos medios de establecerla.

## **SECCIÓN II: Reconocimiento**

### **1. Generalidades**

Tal como se mencionó anteriormente, la filiación extramatrimonial es aquella que se da fuera del matrimonio en la que el hijo no nace amparado bajo la presunción de paternidad. De esta manera, es necesario recurrir a distintas figuras de emplazamiento

---

<sup>8</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho familiar Peruano. Lima, 6ta. edición, Librería Studium, 1987, p.90.

para establecer la paternidad de la persona menor de edad, ya sea mediante el reconocimiento, el proceso judicial y el trámite administrativo establecido en el artículo 21 del código civil y la ley N° 28457 (ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial).

En el presente capítulo se dará una definición del concepto de reconocimiento, así como también se analizará dicha figura, estableciendo sus principales características, los efectos jurídicos que produce dicho acto y las diferentes formas de realizarlo en nuestro ordenamiento.

## 2. Concepto

El reconocimiento es un acto jurídico familiar, mediante el cual una persona declara que otra persona es su hijo.

Es un acto jurídico (art. 140 C.C.) que tiene como fin inmediato emplazar al reconocido en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente, y a éste último en el estado de padre o madre, trasladando al ámbito jurídico el vínculo biológico.

## 3. Características.- Como acto jurídico presenta los siguientes caracteres.

**3.1. Acto de voluntad.-** el reconocimiento depende de la declaración de voluntad del reconociente. *Bosserf* en un fallo aclara: "el reconocimiento de la filiación es un acto jurídico familiar voluntario y unilateral. Esto implica que el acto en sí, destinado a emplazar al hijo, depende de la iniciativa del progenitor que reconoce y no del consentimiento o la aceptación del hijo, pero no implica que el ordenamiento niegue el derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor; tan es así, que ante la falta del acto jurídico del reconocimiento, el hijo cuenta con acciones para obtener el emplazamiento en el estado de familia que le corresponde"<sup>9</sup>

**3.2. Acto no vinculante.-** sólo el padre es apto para reconocer su paternidad y la madre para reconocer su maternidad. En consecuencia, el reconocimiento no se traslada respecto de quien fuera el otro progenitor. Si éste no ha reconocido a su hijo, podrá ser

---

<sup>9</sup> MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel. Derecho de Familia. Santa Fe, Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, p. 75.

demandado con el objeto de obtener mediante un pronunciamiento judicial el emplazamiento filial (art. 373 C.C.). Asimismo, procede la impugnación del reconocimiento ante la inexistencia de nexo biológico entre el reconociente y el reconocido.

**3.3. Acto unilateral.-** no requiere la aceptación del hijo (art. 395 C.C.).

**3.4. Acto puro y simple.-** el reconocimiento no puede sujetarse a modalidades (condición, plazo y cargo). La modalidad prohibida es nula, no así el reconocimiento que acompaña (art. 395 C.C.).

**3.5. Acto irrevocable.-** el reconociente no puede dejar sin efecto su manifestación de voluntad. De esta forma se garantiza la estabilidad del vínculo y la seguridad jurídica (art. 395 C.C.).

**3.6. Acto Formal.-** el artículo 390 del C.C. enumera las distintas formas de reconocimiento.

#### **4. Efectos jurídicos**

En cuanto a los efectos del reconocimiento, se destacan en:

**4.1. Declarativo de estado:** la filiación nace con el hecho biológico de la procreación y no con la voluntad del reconociente declarada en el acto jurídico del reconocimiento.

**4.2. Retroactivo:** el reconocimiento produce efectos retroactivos a la época de la concepción del hijo.

**4.3. Produce el emplazamiento** en el estado de hijo extramatrimonial y correlativamente en el de padre o madre extramatrimonial (art. 387, C.C.).

**4.4. Constitutivo del título de estado** de hijo extramatrimonial.

Este breve desarrollo, nos permite afirmar que lo querido por el sistema jurídico es el acto jurídico familiar del reconocimiento tendiente a garantizar a toda persona un emplazamiento pleno (materno y paterno). Sin embargo, si una persona no cumple con su deber jurídico de reconocer y, al mismo tiempo, su comportamiento refleja la negativa de asumir la responsabilidad como progenitor, el derecho protege al hijo mediante un mecanismo legal (acción de filiación) que facilita la determinación del vínculo y,

deliberadamente, se debería admitir favorablemente en la jurisprudencia solicitar la reparación del daño causado por la falta de reconocimiento espontáneo.

## 5. Formas de realizar el reconocimiento en la legislación peruana

El reconocimiento es uno de los medios para establecer la filiación extramatrimonial.

Es la voluntad del progenitor la que determina su configuración. Como tal es un acto directo, personal, formal, expreso, inequívoco y solemne. Su importancia y trascendencia debe constar en un documento veraz, fehaciente v. por demás, seguro que no ofrezca duda acerca de su contenido.

Por esta razón se han escogido tipos para su formulación:

- Reconocimiento directo: ante el registro de nacimientos, por escritura pública y por testamento, fuera de estos no puede practicarse un reconocimiento válido<sup>10</sup>.
- Reconocimiento indirecto: cuando el demandado en alimentos durante la audiencia aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto -el juez enviará a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso.

Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada.

Puede darse el caso en que el demandado al contestar su demanda acepte la paternidad pero no concurra a la audiencia. En este caso, consideramos, el juez en la audiencia única, por el solo mérito de la aceptación contenida en el escrito de contestación de la demanda y por constituir una declaración asimilada en el artículo 221<sup>11</sup> del Código Procesal Civil, aun el demandado no haya concurrido a la audiencia única, puede disponer que se tenga por reconocido al hijo y proceder conforme manda el artículo 171 del Código del Niño y Adolescente.

---

<sup>10</sup> Artículo 390 del código civil peruano

<sup>11</sup> "Artículo 221.- Declaración asimilada.- Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa".

Este criterio debe ser aplicable, también, en los procesos penales de omisión de asistencia familiar (art. 149 y 150, CP)

Cualquier otra forma de las consideradas *expressis verbis* por la ley, nos referimos a los seudo reconocimientos o reconocimientos tácitos, constituirán pruebas valorables susceptibles de provocar la declaración judicial de filiación, al no ser manifestaciones explícitas.

#### **5.1. Reconocimiento en el registro de nacimiento.-** Llamado reconocimiento por acta.

El reconocimiento realizado con el apersonamiento del padre o la madre al Registro de nacimiento es el más usual y frecuente. Sin dudarlo, también es el más práctico, económico y eficaz en cuanto a que sus efectos son inmediatos. Una forma de promover los reconocimientos sería viabilizando su gratuidad.

Si el reconocimiento no se realiza a través de alguna de estas formas indicadas por la ley queda sometido a la probanza respectiva (*ad probationem*) no hay sanción de nulidad (art.144). De allí que, como acto jurídico familiar, con sus correspondientes características, debe distinguirse entre aquel reconocimiento constitutivo de emplazamiento (que otorga un título de estado: partida de nacimiento inscrita en el Registro en el estado civil) de aquel presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento (que solo es un medio de prueba que permite requerir al funcionario del Registro de estado civil o, judicialmente en su caso, la constitución de un título de estado: escritura pública y testamento)<sup>12</sup>.

En este sentido, el reconocimiento realizado ante el registro de estado civil es constitutivo de emplazamiento. Los otros tipos de reconocimiento solo generan un presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento.

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

---

<sup>12</sup> ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, 2da. Edición, Tomo II, Editorial Astrea, 1989, pp. 356 y 357.

## 5.2. Reconocimiento por escritura pública.- Llamado reconocimiento escritural.

A diferencia de otras legislaciones, el Código peruano ha optado por este tipo especial de reconocimiento realizado en escritura pública, pues representa el documento que por antonomasia otorga el notario seguro y formal, como tal es un medio típico para establecer el vínculo filial.

Legislaciones extranjeras se refieren a otro documento público como forma especial de realizar el reconocimiento. Entre estos casos tenemos:

- Acta civil de celebración de matrimonio de los padres,
- Expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo,
- Capitulaciones matrimoniales, y;
- Acto de conciliación.

El literal d del artículo 58 de la Ley del Notariado<sup>13</sup> indica que no se requiere minuta para el reconocimiento de hijos.

La escritura pública no debe ser expresa de reconocimiento. El reconocimiento puede estar interesado o ser parte, conjuntamente, con otro(s) actos(s) jurídico(s) que conste(n) en una escritura pública. Así, puede darse el caso de una Escritura Pública que contenga otros actos, como una de pacto antenupcial de régimen de bienes, anticipo de legítima, donación, considerándose, además, el reconocimiento.

Si bien la eficacia del régimen de bienes se rige por una condición suspensiva la celebración del matrimonio en caso no celebrarse este el reconocimiento mantendría sus efectos, situación similar se darían en los otros actos jurídicos mencionados sujetos a condición la que no afectará al reconocimiento.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> LASARTE. Carlos. Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil. Madrid, Tomo VI, 9na edición, Editorial Famela, 2010, p. 293.

<sup>14</sup> VARSÍ ROSPLIGIOSI, Enrique. Tratado de derecho de familia. Lima, Tomo IV, gaceta jurídica, 2013, pp. 219 y 220.

### 5.3. Reconocimiento por Testamento.- Llamado reconocimiento testamental.

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

Respecto del tipo de testamento, tomando en cuenta los principios de promoción de la paternidad y de prioridad de la voluntad del reconocedor, se entiende que es cualquier testamento (Ordinario: escritura pública, el cerrado y el ológrafo, o Especial: militar o el marítimo, art. 691 del código civil) pero deberá protocolizarse a fin de otorgarle el carácter de documento público empezando, desde allí, a surtir efectos.

Por su naturaleza típica los efectos del testamento quedan diferidos al momento de la muerte del otorgante, sus cláusulas tienen eficacia post mórtem. Sin embargo, con base en el principio del interés del reconocido, de la trascendencia del acto y del derecho a la identidad se admite la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario, desde su faccionamiento. Tratándose de un reconocimiento testamentario por escritura pública queda consumado con el otorgamiento de la disposición de última voluntad. No se mantiene en suspenso hasta la muerte del testador pues ello significaría someterlo a un plazo incierto<sup>15</sup>, lo que es contrario al artículo 395 del código civil. Un tema operativo y práctico es que de darse un reconocimiento en testamento el notario deberá comunicarlo al reconocido a fin de que surta efectos.

El problema se da con el testamento ológrafo o cerrado ya que recién se conocerá de su contenido al fallecimiento del testador por lo que, en este caso, el reconocimiento surtirá efectos en dicho momento<sup>16</sup>. El hecho de la comunicación o notificación del reconocimiento al hijo consta expresamente en el Código Civil de Ecuador (art. 264.- El reconocimiento se notificará al hijo, quien podrá impugnarlo en cualquier tiempo). Así las cosas, derechas como deben ser, es que los efectos del

---

<sup>15</sup> MENDEZ COSTA, María Josefa y D' ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 100.

<sup>16</sup> Ibid., p. 120.

reconocimiento realizado en testamento se producen de forma inmediata, no se subordina a la muerte del testador al tratarse de una disposición extra patrimonial *inter vivos*, regida por sus propias normas<sup>17</sup>.

El criterio a nivel local es distinto. Conforme nos indicó la notaria Cecilia Hidalgo<sup>18</sup> en el Perú no hay una ley especial sobre cómo debe proceder el Notario ante un caso así. Se parte de la premisa de que el testamento requiere de la reserva del contenido hasta el fallecimiento del testador (independientemente que en él consten otros actos jurídicos), situación que impediría a los notarios hacer de público el reconocimiento tomando en cuenta que no debe romper con su obligación de reserva. Con este mismo criterio, Petrone, indica que por el hecho de estar contenido dentro de un testamento, el reconocimiento se adecua a la particular forma de emisión de la declaración testamentaria y llega a tomar relevancia jurídica externa después de la muerte de su autor: a este momento es diferida su eficacia. Podría darse el caso de un padre que hace el reconocimiento testamentario mantenga relación paterno filial con ese hijo pero que no desea comunicarlo a su familia formal, sino hasta después de su muerte a fin de que este hijo disfrute de los efectos testamentarios. Si existiera una obligación así, el Notario debería instruir a su usuario de ello, lo que a mi concepto, podría generar que en muchos casos se desanime de hacer el reconocimiento.

El hecho de que el testamento sea revocado no afecta la esencia del acto jurídico de reconocimiento realizado, el reconocimiento dentro de este es irrevocable, también en el hipotético caso de destrucción de la ficha testamentaria por parte del testador (siempre que, naturalmente, se pueda probar la existencia del acto y su contenido). Así lo expresan algunos Códigos civiles como es el caso de Guatemala (art. 212), México DF (art. 366), Portugal (art. 1 858) y el Código de familia boliviano (art. 199). Asimismo, si el testamento adolece de vicios que afecten su validez no deben por qué repercutir en el reconocimiento, al ser un acto jurídico independiente. En esta línea, el Código de Guatemala considera que si el testamento fuera declarado nulo por falta de requisitos testamentarios especiales esto no afecta el

---

<sup>17</sup> FAMÁ, María Victoria. La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal. Buenos Aires, Editores Abeledo-Perrot, 2009, p. 140.

<sup>18</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de derecho de Familia-Derecho de la Filiación. Lima, Tomo IV, 2013, 1ra. Edición, p. 65.

reconocimiento, siempre que los vicios no perturben jurídicamente el acto de paternidad (art. 213), en igual sentido el Código de familia de Panamá (art. 260).

#### **5.4. Otras Formas de reconocimiento.-**

Analizados los tipos y formas mediante los que puede realizarse el reconocimiento, no se consideran como reconocimientos válidamente efectuados los siguientes casos.

##### **5.4.1. Reconocimiento no formal.-**

Entendido como tal aquel realizado fuera de los tipos aceptados por la ley (en documentos privados, hechos de palabras o verbales en actas de bautismo, videos, grabaciones, vía email, chat y BBM).

##### **5.4.2. Reconocimiento incidental.-**

También llamado implícito.

Se caracteriza por la ausencia de intención directa para establecer la filiación (caso típico tenemos de aquel presunto progenitor que, en documento, cuya finalidad principal es otra, declara informalmente que una persona es su heredero-por tanto su hijo-).

Parece escasamente admisible la posibilidad de un reconocimiento incidental formal. Esto es, aquel supuesto en el que observándose las formas establecidas (v. gr. testamento) se reconoce a un hijo de modo indirecto, como pudiera ser en la institución de heredero, llamándolo hijo, sin haber sido previamente reconocido como tal (dejo mi carro de carrera a mi hijo XXX). Dado el carácter solemne del reconocimiento, a pesar de su aspecto voluntarista, y por los trascendentales efectos que conlleva, parece lo más adecuado excluir estas formas incidentales como reconocimientos efectivos.

La mejor doctrina entiende que no es admisible, por cuanto no parece que hubiera en estos casos una voluntad seria y formal de reconocer sino más

bien meras expresiones afectivas; en todo caso, sería cuestión de interpretar la voluntad del testador o del otorgante<sup>19</sup>. Se presentan como simples disposiciones testamentarias como "dejo a mi hijo B".

Básicamente de la falta de claridad pueden surgir un reconocimiento incidental, que no es un acto prístino sino, por el contrario, dubitativo, en todo caso como dice Madaleno<sup>20</sup>, puede servir como fuerte elemento de prueba en un proceso de investigación de la paternidad, de ahí la distinción entre declaración y escrito (dedicar un libro a mi querido hijo XXX, no implica un reconocimiento, pero sí un escrito indubitado).

Es importante indicar que el Código no ha creído necesario aclarar si ha de tratarse de un reconocimiento expreso y directo o si basta el implícito o sobrentendido, situación esta que ha sido resuelta jurisprudencialmente asumiendo la última interpretación<sup>21</sup> tomando en cuenta el interés social. Bajo esta premisa es que el reconocimiento incidental formal, que se manifiesta en un testamento u otro documento público del cual se deduce la existencia del hijo, al instituirse como heredero, sería perfectamente válido. Este tipo de reconocimiento incidental o implícito es tratado de manera expresa por el Código Civil de Venezuela (art. 218), por el Código de familia boliviano (art. 196 ) y por el Proyecto de reforma del Código Civil argentino 2012 (art.571, b).

#### **5.4.3. Expresión de reconocimiento**

Aquella manifestación de voluntad, clara e inequívoca, mediante la cual se individualiza al reconocido; por ejemplo: autorización del hijo para que contraiga matrimonio, el otorgamiento de poder nombrándolo como hijo<sup>22</sup>, autorización notarial de viaje del menor sin ser el padre.

#### **5.4.4. Reconocimiento a formal**

Llamado tácito o de hecho.

---

<sup>19</sup> AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". En: Diario La Ley N° 6932. Sección Doctrina, España, 24 de abril del 2008, Año XXIX, Ref. D-127, p.4.

<sup>20</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de derecho de Familia-Derecho de la Filiación. Op. Cit., p. 223.

<sup>21</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. cit., p. 119.

<sup>22</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. Op. Cit., p. 100.

Es establecido por los actos directos del padre o de su familia y que se establece mediante la posesión constante de estado de hijo (art. 402 inc. 2), es una presunción que servirá para ejercer la acción de reclamación de estado filial.

La única utilidad práctica de estos tipos de reconocimientos sui géneris es que pueden ser utilizados como medio de prueba en un proceso de estado filial: escrito indubitado, posesión de estado (medio para consolidar el tractus).

#### **5.4.5. Reconocimiento ante el juez**

Este tipo de reconocimiento lo tenemos consagrado en el Perú en el artículo 171 del Código del Niño y Adolescente: "Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente. Sin perjuicio de la continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada".

#### **5.4.6. Reconocimiento judicial de embarazo o parto**

Para Pontes de Miranda<sup>23</sup> el reconocimiento anticipado de la prole tiene como fundamento la incerteza de la madre de escapar con vida del propio parto, sobreviviéndole el hijo. En estos casos, la comunicación de gravidez equivale al reconocimiento del hijo, una vez que sea hecha mediante escritura pública o testamento.

Con este criterio, podríamos plantear, de la mano con nuestro sistema civil (art. 2. CC), que el reconocimiento judicial del embarazo o parto podría ser una forma de reconocimiento de la filiación.

---

<sup>23</sup> VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de derecho de Familia-Derecho de la Filiación. Lima, Tomo IV, 2013, 1ra. Edición, p. 225.

## CAPÍTULO III

### RESPONSABILIDAD CIVIL

#### SECCIÓN I: Generalidades

A continuación se estudiará el tema de la Responsabilidad Civil, de una manera general debido a que no es el principal objetivo de este trabajo. El propósito de este capítulo es ubicar al lector dentro del marco de la Responsabilidad Civil; para luego, abordar el tema de la Responsabilidad Civil en la oposición a la filiación extramatrimonial.

#### 2.- Evolución y contenido de la responsabilidad civil

Establecidas las premisas anteriores, pasaremos al estudio de la responsabilidad civil en particular, considerando su evolución y centrándonos en la concepción moderna de ésta, es decir, la que pone el énfasis en el daño. Pues como se sabe, desde su fuente romana, la responsabilidad civil no ha tenido el mismo contenido y fundamento<sup>24</sup>; así por ejemplo en el derecho romano y posterior desarrollo de esta institución en la edad media, se aplica sanciones a los causantes de daños sin diferenciar si se trataba de una sanción civil o una penal<sup>25</sup>; y esta sanción estaba orientada y justificada en base a consideraciones subjetivas como la atribución de culpa o dolo. Es así como la culpa "...va a ser el fundamento de la responsabilidad civil; el autor del daño responde sólo y porque el mismo se ha producido por su culpa"<sup>26</sup>. Para apreciar la culpa se tuvo que poner especial énfasis en la conducta del imputado y la forma como ésta se había materializado al ocasionar el daño, inclusive en muchos casos, ni siquiera se tomaba en cuenta el daño efectivo, ya que era suficiente con que la conducta resultara contraria a los intereses sociales o sea especialmente reprochable. De este modo se llegó a tener como centro de la responsabilidad civil al agente del daño, y la finalidad buscada con la misma era- como en la responsabilidad penal-sancionar al agente; pues, se buscaba fundamentalmente determinar a la persona del responsable del daño y precisar si se le podía atribuir culpa, y por ello se habló- y aún se habla- de culpa y no propiamente de responsabilidad.

---

<sup>24</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Responsabilidad Extracontractual. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1988, pp. 33 y ss.

<sup>25</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. Buenos Aires, Editorial A. Perrot, 7ª edición, 1989, p. 14.

<sup>26</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. Derecho de Daños. Barcelona, Editorial Bosch, 1997, p. 19.

Es así que el término responsabilidad se acuñó con una clara referencia a la culpa llegando inclusive, en muchos casos, a identificarse ambos conceptos. Estas concepciones "...dieron a la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista (...). La obligación de reparar o de resarcir parece una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprobable. Idea en la cual no está ausente el concepto de cristiano del pecado"<sup>27</sup>. En este sentido, De Ángel Yagüez manifiesta que "...sigue teniendo mucho peso entre nosotros la palabra responsabilidad. Con ella se pone el acento más en la persona del dañador que en la víctima, más en la conducta de aquél que en el resultado"<sup>28</sup>. Esta misma concepción sirvió a la vez para diseñar una responsabilidad que obedecía a una realidad en la que estaban ausentes los riesgos y peligros propios del avance de la ciencia y de la técnica, los que al presentarse en la realidad actual, exigieron un replanteamiento de la responsabilidad, tanto desde una perspectiva social o colectivista así como desde los factores de imputación o atribución.

En esta nueva realidad, a la que se ha venido a llamar sociedad de riesgo, a la realización de cualquier actividad implica uso de la técnica y la ciencia, a la vez que la complejidad del desarrollo de las actividades de intercambio de bienes y servicios, con los consiguientes peligros y riesgos, además de la división del trabajo y actividades, han conducido a un indeterminación de la relación de causalidad entre un hecho y un daño, y en consecuencia a la dificultad de la atribución o imputación de la responsabilidad, lo que ha determinado la exigencia impostergable de la ampliación de los cánones de la responsabilidad y las categorías que la integran, a fin de responder a las justas aspiraciones de seguridad planteadas por la sociedad y las personas. Esta nueva realidad y las nuevas necesidades, determinaron que se mire al daño- elemento más objetivo de la responsabilidad- como elemento básico en la relación agente-víctima, y fue ello lo que determinó la nueva concepción de la responsabilidad civil, deviniendo en la acuñación y desarrollo del llamado Derecho de Daños<sup>29</sup>; el que sin haber llegado a reemplazar a la responsabilidad civil, constituye un mecanismo preferente respecto a la protección de los bienes e intereses.

En el Derecho de Daños ha quedado debidamente esclarecido que la finalidad de la responsabilidad civil no es sancionar al autor del daño (para ello está la responsabilidad penal y la administrativa en su caso), sino lograr la reparación del mismo; es decir, se ha

---

<sup>27</sup> ESTEVILL, Luis Pascual. *Tendencias Actuales del Derecho de Daños*. Barcelona, 1992, p. 99.

<sup>28</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Algunas Previsiones sobre el futuro de la R. Civil*. Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 16.

<sup>29</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de Daños*. Barcelona, Editorial Bosch, 1999. p.86.

optado por poner énfasis en el resultado de la conducta más que en la propia conducta. Se ha pasado entonces, de la concepción de la responsabilidad a la concepción de reparación<sup>30</sup>. Respecto al daño "... podemos decir que en la actualidad es el elemento por excelencia de dicha responsabilidad, el elemento esencial que ha de estar presente en todo caso, para que la acción u omisión, culpable o negligente origine la obligación de resarcir"<sup>31</sup>. Se busca la reparación del daño independientemente de la reprochabilidad o culpabilidad del agente. De este modo se libera a la responsabilidad de su finalidad moralizadora, para incidir fundamentalmente en su finalidad reparadora<sup>32</sup>. En este mismo sentido se pronuncia De Trazegnies Granda, al referir: "Es así como se tomó más acentuadamente conciencia de que la responsabilidad extracontractual no tiene por objeto sancionar sino reparar: por tanto, el centro de preocupación está en la víctima y no en el causante. Este último será sancionado administrativamente con multas o suspensión de su licencia de conducir o podrá ser quizá hasta enjuiciado penalmente. Pero al Derecho civil le interesa aliviar a la víctima en los aspectos económicos del daño"<sup>33</sup>.

Por otro lado, al haberse diseñado la responsabilidad civil en torno a la persona desde una perspectiva individualista, todos los componentes de ésta también eran concebidos desde una óptica individualista, ya sea el hecho dañoso, el daño, la relación de causalidad, el factor de atribución o el propio resarcimiento. Sobre todo los sujetos del daño eran vistos aisladamente, sin considerar la cadena de intervención de diversas personas o grupos sociales en cada una de las acciones dañosas ni las implicancias sociales de éstas. Así Luis Pascual Estevill comentando la legislación española al respecto dice: "En nuestro Código Civil la responsabilidad es por el hecho del hombre y es, por consiguiente, responsabilidad del autor material. Se admite, es verdad, una responsabilidad de los empresarios, pero siempre ligada a la propia culpa (in eligendo o in vigilando) con lo que responden algunos empresarios que son obviamente, empresarios individuales"<sup>34</sup>. Pero con la nueva realidad socioeconómica y las nuevas relaciones intersubjetivas, se ha dado un giro hacia una perspectiva social o colectiva de todos los actos humanos, habiendo superado la concepción individualista, que resulta insuficiente para lograr el equilibrio reparador en los casos alterados por la producción de los daños<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. La responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causador por su dependiente. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1995, p.132.

<sup>31</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. Citando a LA CRUZ BERDEJO, DIEZ PICAZO, SANTOS BRIZ, PUIG BRUTAU. Los Daños corporales: Tipología y Valoración. , Barcelona, Editorial Bosch, 1994. P. 29.

<sup>32</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit. p. 50

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 51

<sup>34</sup> ESTEVILL, Luis Pascual: Ob. Cit. Pág. 102.

<sup>35</sup> ESTEVILL, Luis Pascual: Ob. Cit. Pág. 101.

Pues la responsabilidad de corte individual, tal como refiere Estevil, citando a Diez Picazo "...no obstante sus subsistencia formal (...), se encuentra hoy totalmente arrinconada en el desván de los olvidos"<sup>36</sup>. En este mismo sentido se pronuncian los distintos autores extranjeros y nacionales<sup>37</sup>.

Queda entonces establecido que la responsabilidad civil en cuanto a su perspectiva individualista también ha quedado superada, y actualmente se ha optado por la percepción colectivista o social de la apreciación de los daños y su implicancia en la sociedad, habida cuenta que, a la fecha, toda actividad humana tiene un contenido social, y todos los daños, en cuanto a su valuación y efectos, también tendrán un contenido social necesariamente<sup>38</sup>. Esta colectivización también se aprecia en la relación de causalidad y en los factores de imputación<sup>39</sup>.

Por otro lado, el criterio de atribución de responsabilidad fundado únicamente en criterios subjetivos y que se considera a la culpa como eje central del sistema de responsabilidad civil, ha sido superado ampliamente; pues, en la diaria convivencia se presentan eventos de gran dañosidad social en los que no se puede probar la existencia de un actuar culposo, y por tanto no se puede atribuir responsabilidad a su autor, aun cuando quede acreditada la relación de causalidad. Por lo que de sujetamos únicamente a la atribución de culpa, se permitiría la aparición de grandes sectores de daños que no quedarían sujetos a responsabilidad civil; esto es, se dejaría en la orfandad a grupos significativos de víctimas pese a haberse determinado (o poderse determinar) que el causante del daño se ha beneficiado con la realización de la actividad dañosa (aun cuando no ha incurrido en un actuar culposo). Ello ha llevado a sostener "...que las reglas de imputación y de transferencia del daño de la víctima a otra persona considerada como responsable (es decir, las reglas propias de la responsabilidad civil) no son las más adaptadas a las necesidades de la sociedad moderna y que son, además, incompletas, incoherentes e inadecuadas"<sup>40</sup>. Ante este estado de cosas, se ha visto la necesidad de rediseñar la responsabilidad civil, atribuyendo responsabilidad al agente del daño mediante factores objetivos de atribución o imputación, además de los factores subjetivos (dolo y culpa).

---

<sup>36</sup> *Ibidem*. Pág. 102.

<sup>37</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Responsabilidad Extracontractual. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1988, p. 65.

<sup>38</sup> ALPA, Guido. Responsabilidad Civil y daños. Traducción de Juan Espinoza Espinoza, Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p.72.

<sup>39</sup> ESTEVILL, Luis Pascual. Op. Cit., p. 102,

<sup>40</sup> DE ÁNGEL YAGÚEZ, Ricardo. Op. Cit., p.24.

Finalmente, ante la proliferación de los riesgos creados por los actos humanos se ha creado sistemas de protección a las víctimas de los daños, como los sistemas de seguros, que evaluando a priori la causa de los daños y su magnitud, cubren la reparación de los mismos en las condiciones y cantidades fijadas por la ley o el convenio<sup>41</sup>.

Con el establecimiento de estos sistemas de seguros, que en nuestro país, aunque en pequeña escala, también se han desarrollado, algunos tratan de restar importancia a la responsabilidad civil, ya que consideran que para el funcionamiento de estos sistemas no se necesita recurrir a las categorías propias de la responsabilidad civil; sin embargo otros incluyen a estos sistemas dentro del marco de la responsabilidad civil, considerando que éstos obedecen a un factor objetivo de distribución social de los riesgos. En este sentido se pronuncia De Trazegnies Granda al sostener que: "Este tipo de reflexiones ha guiado el pensamiento jurídico hasta la más moderna teoría de la responsabilidad extracontractual, llamada de la distribución o difusión social de los daños (...). La distribución social del daño ha sido también llamada por la doctrina "distribución del riesgo"<sup>42</sup>. En el presente trabajo, consideramos a estos sistemas de seguros dentro de la responsabilidad civil y más específicamente dentro del llamado derecho de daños, del mismo que son un complemento importante.

Dentro de esta nueva perspectiva de la responsabilidad civil, en que se pone especial énfasis en el daño, en una orientación colectivista o social de la imputación, en la revisión de la causalidad y en la implementación de factores objetivos de atribución de responsabilidad, estudiaremos los elementos configurativos de la responsabilidad civil; esto es, trataremos del hecho dañoso, del daño, de la relación de causalidad, de los factores de atribución de responsabilidad, de la reparación o resarcimiento y de los demás conceptos vinculados a éstos.

### 3. Concepto

La responsabilidad, según el Diccionario de la Lengua Española, es la "obligación de reparar y satisfacer un daño".

El termino responsabilidad implica una relación entre persona, una que causa un daño y otra que lo sufre. El daño puede ser patrimonial, por ejemplo, en los bienes del

---

<sup>41</sup> Ibid., p. 21.

<sup>42</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit., p. 52.

individuo; o en su persona, libertad, honor, afectos, creencias, donde se estaría frente al daño extra patrimonial.

#### **4.- Presupuestos de la responsabilidad civil**

##### **4.1. La antijuridicidad. Teorías**

Bien ha dicho Kemelmajer de Carlucci que “aunque el niño nace desnudo, confundido en el tiempo y en el espacio con otros recién nacidos que se le parecen, es no obstante, un ser diferente. Desde el momento de su primer grito, él ya posee antecedentes, pasado, historia; una herencia original, familiar, social y cultural que lo distingue de otros. El acceso a la vida jurídica debe traducir esa identificación; esta exigencia consagrada en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por unanimidad y proclamada solemnemente el 2 de noviembre de 1959, por la «Asamblea General de las Naciones Unidas», al afirmar que el niño tiene, desde su nacimiento, derecho a su nombre y a una nacionalidad, es decir, a un estado civil que testimonie su integración en el seno de una familia, de un país, todo ello en respeto de su propia personalidad. Estos principios se repiten en las modernas constituciones europeas. El artículo 2 de Código Civil acentúa claramente el derecho al conocimiento de la realidad biológica; basta mencionar sólo una presunción iuris tantum para los plazos de la concepción (art. 361) y de la paternidad legítima (art. 362), que facilita las acciones de reconocimiento auxiliando a la mujer (generalmente carente de recursos) (art. 391), que permite establecer la maternidad aun sin reconocimiento expreso (art. 392), que presume la paternidad del concubino de la madre (art. 362), etc. Sobre estas bases, afirmamos enfáticamente que el menor tiene un verdadero derecho subjetivo a ser reconocido por su progenitor biológico<sup>43</sup>. Estas son las iniciales y terminantes afirmaciones de la jurista mencionada, para así sustentar la viabilidad de la acción de daños y perjuicios, sean materiales o morales, en virtud del hecho antijurídico que implica la falta de reconocimiento voluntario de un hijo. En este sentido, y como el orden jurídico procura que todo hijo sea reconocido, confiriéndole el derecho a reclamar su filiación si no existe tal reconocimiento voluntario, debe reputarse antijurídica la conducta de quien, inexcusablemente, se ha negado al reconocimiento o ha obstaculizado la investigación de la filiación aunque haya alegado no ser el padre. En el quizá, primer precedente jurisprudencial que se

---

<sup>43</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial. en Derecho de daños. Editorial la Roca, p.674.

dio en Argentina en el cual se dijo: “se reputa ilícito todo actuar que por culpa o negligencia ocasione un daño a otro, y media culpa por parte de quien, ante la vehemente sospecha de haber engendrado un hijo, elude su reconocimiento, que es la primera obligación frente al nacimiento”. A esto se agregó: “Aun en el caso que se pensara que no hay obligación legal de reconocer a los hijos que se engendran cuando no media vínculo matrimonial, como el deber genérico de no dañar a otro alterum non laedere impone la obligación de actuar en consecuencia, si a quien se lo emplaza para el reconocimiento de un hijo tuviera alguna duda sobre su paternidad, debería utilizar los medios a su alcance para averiguarla, y no habiéndolo hecho, esa pasividad con la víctima cierta, toma abusivo el ejercicio del derecho de no hacer lo que la ley no manda expresamente”. Este camino fue rectamente seguido por la jurisprudencia unánime, al sostenerse que la falta de reconocimiento del progenitor es un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil y, por ende, derecho a la indemnización a favor del hijo menor afectado.

Lo hasta aquí afirmado conduce a sostener legítimamente que si bien el “reconocimiento” es un acto típicamente voluntario, ello no implica que pueda ser considerado discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo a su libre arbitrio. Ello es así, ya que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional otorgado por la Convención de los Derechos del Niño a conocer su realidad biológica, a tener una filiación, y para tener una filiación paterna extramatrimonial requiere del reconocimiento del progenitor. El negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar. Como dijimos, la cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo. Ahora bien, el padre omisivo podría argumentar como defensa, que el al no reconocer al hijo no viola ningún deber jurídico y que, por lo tanto, no está obligado a reparar. Ante esta argumentación cabe preguntarse si existe una obligación jurídica y un deber jurídico de reconocer a los hijos. Se podría contestar a ese interrogante diciendo que el reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo, y que por ser voluntario no es obligatorio; además podría argumentarse que la madre no puede atribuir la paternidad de un hijo a nadie.

Estos argumentos no son válidos porque una cosa es que el reconocimiento sea voluntario y otra, muy distinta, que sea discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo<sup>44</sup>.

Es que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional, otorgado por la Convención sobre los Derechos del Niño, a conocer su realidad biológica, a tener una filiación, y para tener una filiación paterna extramatrimonial requiere del reconocimiento del progenitor, ya que la madre no puede atribuirle la paternidad. El negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil obliga a reparar. Con ello queremos decir que no basta el reconocimiento para generar la responsabilidad sino que además, deben darse todos los presupuestos que obligan a reparar. Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa, debe además haberse producido un daño y existir relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño.

Ahora bien la primera cuestión tratada por autores y fallos fue la determinación de la conducta antijurídica que obliga a reparar el no reconocimiento del hijo, basándose la defensa de los progenitores no reconocientes en la inexistencia de obligación legal que así lo imponga. Esta circunstancia ha llevado a que autores como María Josefa Méndez Costa<sup>45</sup> definan a este recaudo como el más difícil de justificar, si se estima que sólo se configura cuando el comportamiento positivo u omisivo infringe una prohibición legal expresa, es decir cuando la antijuridicidad se concibe como ilegalidad o antijuridicidad formal.

Sin embargo, para que el hecho ilícito se configure no es necesario que una disposición legal imponga la obligación de cumplir el hecho omitido, siendo suficiente a tal fin que el ordenamiento jurídico apreciado en su plenitud, desapruebe o descalifique la conducta omisiva. Conforme a esta concepción, a la que se define como antijuridicidad material, no cabe duda de la ilicitud de la falta de reconocimiento espontáneo, Zannoni<sup>46</sup> sostiene que cuando media declaración judicial de paternidad,

---

<sup>44</sup> ZANNONI, Eduardo. Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontaneo del hijo. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990, p. 68.

<sup>45</sup> MENDEZ COSTA, Josefa. Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente. Buenos Aires, Rubizon Culzoni, 1989, p.563

<sup>46</sup> ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Tomo 2, Editorial Astrea, Segunda Edición, p. 683.

es sólo a la madre que lo reconoció voluntariamente a quien debe atribuírsele el ejercicio de la patria potestad.

Sin perjuicio de la ilicitud del acto omisivo, carácter que surge de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico en su integridad, la doctrina sostiene la existencia de una obligación legal por cuanto si bien el reconocimiento constituye un acto jurídico voluntario, no por ello es discrecional para el sujeto reconociente, asumiendo éste el deber jurídico de emplazar a su hijo en el estado de tal. Como bien afirma mayoritariamente la doctrina, jurisprudencia nacional y extranjera, si el hijo tiene el derecho de accionar para obtener su emplazamiento respecto del padre o madre que no la ha hecho espontáneamente, éstos asumen en consecuencia el deber jurídico de hacerlo, transgresión que puede sólo neutralizarse ante la existencia de causas de justificación o exculpatorias<sup>47</sup>.

Por último, autores tales como Méndez Costa<sup>48</sup> sostiene que la omisión aludida constituye el ejercicio abusivo de un derecho, pues si bien la ley admite el reconocimiento por el padre o madre extramatrimonial con la finalidad de simplificar la determinación de la filiación del hijo y dar cauce jurídico al cumplimiento de un indiscutible deber ético, abstenerse de realizarlo contradice esos fines e implica contrariar la moral y las buenas costumbres, constituyendo un supuesto de acto abusivo, esto es un acto ilícito también constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso mediante la negativa infundada a la realización de la prueba biológica<sup>49</sup>.

#### 4.2. Daño. Teorías

No caben dudas sobre la antijuridicidad del comportamiento de quien no reconoce voluntariamente la paternidad; y es lógico que tal actitud pueda desencadenar perjuicios materiales y morales de gran magnitud, que a la luz del Derecho deben ser resarcidos. En efecto, la falta de reconocimiento voluntario y oportuno se traduce en un menoscabo que se confunde con la existencia misma de la

---

<sup>47</sup> GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. Daño Moral. Su separación y determinación en la negatoria de filiación. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 10.

<sup>48</sup> MENDEZ COSTA, Josefa. Op. Cit., p.563.

<sup>49</sup> BREBBIA, Roberto. El daño moral en las relaciones de familia en Derecho de Familia. libro homenaje al Prof. Dra. Méndez Costa. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 358.

persona (art. 1969 del Código Civil), con claras e indiscutibles repercusiones: el hijo se ha visto impedido de ejercer los derechos que son inherentes al estado de familia (vg. no contar con el apellido paterno, ni con la asistencia –al menos material– del progenitor, no haber sido considerado su hijo en el ámbito de las relaciones humanas, etc.). Como afirma Zannoni: “el hijo ha sufrido, en términos generales, un auténtico desamparo –injusto– al impedírsele el emplazamiento paterno filial que después se declara judicialmente”. Y esta lesión o menoscabo a un bien jurídico fundamental, como es el “derecho a la identidad”, o daño a la “vida de relación” (derechos personalísimos), puede desencadenar jurídicamente no sólo daños a intereses extrapatrimoniales, sino también a intereses patrimoniales (artículos 1969, 1984, 1985 del Código Civil).

En este mismo sentido que venimos exponiendo, Medina sostiene que: “Por lo tanto lo que se debe resarcir específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia, falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial, como lo es el derecho a la identidad y especialmente el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar, puede producir daño moral o daño patrimonial [...]”. Continúa diciendo la Camarista citada que: “El daño moral deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre, y por la falta de ubicación en una familia determinada. El daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Estas pueden o no producirse; se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre económicamente poderoso que de haberlo reconocido le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales [...]”<sup>50</sup>.

Por su parte, enseña Zannoni que: “[...] el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y, consiguientemente, es siempre un interés humano [...]”<sup>51</sup>. Entonces el hijo, ante la falta antijurídica de reconocimiento, opone un interés tanto patrimonial como extrapatrimonial, pues el menoscabo sufrido afecta,

<sup>50</sup> MEDINA, Graciela. Op. Cit., pp. 114 y ss.

<sup>51</sup> ZANNONI, Eduardo A. Derecho civil. Derecho de familia, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo 2, 1998, p.397.

imposibilita, en su esfera propia, la satisfacción o goce de bienes jurídicos (derechos personalísimos) sobre los cuales él ejercía una facultad de actuar. Esta facultad de actuación en la esfera propia del damnificado constituye su interés; el daño ha lesionado ese interés. Y ese interés dañado –como dijimos– es doble:

a) por un lado, un interés extrapatrimonial indiscutible, in re ipsa, por el sólo hecho de no reconocimiento prolongado en el tiempo que afecta sus derechos personalísimos; y,

b) por el otro, un interés patrimonial consistente en la imposibilidad de contar con la cuota alimentaria pertinente (verdadero derecho subjetivo), lo que se traduce en una “lesión al crédito”, de origen legal, al que se encuentra indefectiblemente sometido el progenitor con respecto a su hijo, en un todo de acuerdo a las normas relativas a la patria potestad (arts. 418 a 471 del Código Civil). Resulta claro que a través del goce y titularidad de un bien jurídico u objeto de satisfacción de carácter no patrimonial (en nuestro caso el derecho a la identidad, al nombre, a la filiación biológica); las personas satisfacen no sólo intereses extrapatrimoniales sino además un interés patrimonial: la asistencia material dispuesta por las normas del derecho alimentario. El daño en la responsabilidad civil es una lesión a un interés humano jurídicamente protegible. En suma: el objeto del daño es el objeto de la tutela jurídica. Y no caben dudas que tanto el derecho a tener una identidad acorde a la realidad biológica (interés extrapatrimonial), como el derecho a contar desde el nacimiento con una vivienda, alimentación, vestimenta, educación, asistencia médica, etc., conforme a la condición social y económica de los progenitores que éste estado filial implica (interés patrimonial o de apreciación pecuniaria), son, ambos, verdaderos derechos subjetivos que gozan de una auténtica y acabada tutela jurídica. El menor no reconocido tiene un legítimo interés jurídico por alcanzar el reconocimiento judicial de estos derechos. Y no hay que olvidar que el interés es la medida de las acciones. La falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, el que puede ser material o moral según la índole patrimonial o extrapatrimonial de sus consecuencias, daño que surge de la naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde.

Con relación al daño moral, si bien parte de la doctrina entiende que no requiere prueba, pues se demuestra con la verificación de la titularidad del derecho

lesionado del reclamante y la omisión antijurídica "in re ipsa", otros autores tales como Lidia Makianich de Basset y Delia M. Gutiérrez<sup>52</sup> propician la producción de pruebas tendientes a acreditar en cada caso en particular las secuelas o menoscabos que la falta de reconocimiento produce, posibilitándose así una apreciación más sutil y subjetiva por parte del juzgador. Desde el punto de vista psicológico, las secuelas que se producen ante la falta de reconocimiento paterno han sido ampliamente admitidas en el ámbito judicial, refiriendo la existencia de un "daño psíquico marcado al transitar en la vida con el apellido materno y sin poder alegar la paternidad" "cuestionamiento de la propia personalidad y la inseguridad en todos los campos" "Con respecto al daño material, y en la medida que la indemnización debe ser integral, corresponde resarcirlo de probarse que la ausencia de reconocimiento ocasionó carencias materiales. Se produciría, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoce tiene pocos recursos económicos y cuenta con un padre biológico que posee una capacidad patrimonial que le hubieran permitido el acceso a una mejor educación o nivel de vida.

La necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. Creemos que de lo se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil, más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo. Por lo tanto, lo que se debe resarcir, específicamente, es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia y ausencia de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial como lo es el derecho a la identidad y, especialmente, el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar puede producir daño moral o daño patrimonial. El daño moral deviene de la falta a la identidad, específicamente familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia determinada. El daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Éstas pueden o no producirse; se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico

---

<sup>52</sup> GUTIÉRREZ, Delia M. Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo. Lima, Editorial Rodhas, pp. 132-473

económicamente poderoso que, de haberlo reconocido, le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales.

Pero también puede ser que el perjuicio material no se produzca, como por ejemplo, en el caso de que, quien lo reconoce fuera un progenitor rico y el no reconociente un menesteroso que, aun de haberlo reconocido, ningún auxilio material le hubiera proporcionado, por aquello de que los alimentos se fijan de acuerdo a las necesidades del alimentado y la capacidad económica del alimentante.

La falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, el que puede ser material o moral según la índole patrimonial o extrapatrimonial de sus consecuencias, daño que surge de la naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde. Si bien es cierto la noción de daño, tanto en la Doctrina como en la jurisprudencia, corresponde tanto al detrimento, pérdida o menoscabo que puedan afectar a una persona en sí mismo, como a los que puedan comprometer su patrimonio. Entender como daño al menoscabo a un bien, implica dar un concepto demasiado amplio y general que le resta trascendencia. Para salvar el concepto, debemos relacionar el menoscabo con el derecho, para así precisarlo. A la idea del menoscabo a un bien debe agregársele la de que sea producido en violación a una norma jurídica (antijuridicidad), y la de hacer nacer la responsabilidad de la persona. Esta idea de lesión, aunque ampliada, no es completa: produce un efecto multiplicador en relación a la cantidad de bienes lesionados: físico, patrimonial, espiritual, psíquico, estético, lucro cesante-emergente-privación de uso en sí mismo, etcétera. Y también decir que daño es la lesión a un bien o derecho subjetivo, es erróneo, porque es algo difuso, ya que encontramos derechos subjetivos que no dan al resarcimiento, pues son sólo interés de hecho.

¿Qué hacer? Entender que daño es toda lesión a un interés jurídico, siendo el interés el núcleo sobre el que gira el derecho subjetivo, y donde el interés es la facultad para lograr satisfacer cierta necesidad.

Si queremos clasificar el daño resarcible, no hay que atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo. Esto es, a los efectos y consecuencias de la lesión. Aquí encontramos la connotación que queremos: No puede definirse algo por sus consecuencias, las secuelas o efectos que pueden ser

tanto patrimoniales como espirituales no son el daño mismo, son parte de él. Es por ello que cabe aquí decir que el daño será toda lesión a un interés legítimo.

#### **4.2.1. Daño Patrimonial y Extra-Patrimonial.**

La asignación de daño extrapatrimonial, sirve para designar los casos en que el daño afecta a la persona en sí misma, independientemente de que pueda también hacerlo o no al patrimonio de ésta. Recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen, o indirecta, como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades.

##### **4.2.1.1. Daño Patrimonial.**

Es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional. Así será el daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

##### **4.2.1.2. Daño Extrapatrimonial.**

Para desarrollar este tema voy a recurrir al auxilio del Dr. Santos Cifuentes<sup>53</sup>, explica en forma breve, clara y completa el tema pasando por las tres teorías del daño mencionadas anteriormente.

---

<sup>53</sup> CIFUENTES, Santos. Derechos de daños. Buenos Aires, Editorial La Roca, 1991, p. 59.

**a) La primera sostiene, que deriva de la clase de derecho subjetivo lesionado, protegido por el ordenamiento.**

Esto significa que si el ataque y consiguiente detrimento recae sobre un derecho subjetivo extrapatrimonial, es decir, sobre los derechos personalísimos que por naturaleza son extrapatrimoniales, es daño moral. Por este camino se llega a que el daño más que la violación a un derecho del sujeto lo es de la norma que reconoce el derecho subjetivo inherente a la personalidad. Lo ofendido es el ordenamiento mismo, como perjuicio *in iure*, aun cuando tales derechos o bienes que no tienen *mensura económica* por origen y destino, estén dirigidos con exclusividad a obtener ganancias lucrativas. Esta teoría se aleja del elemento que es soporte de los efectos del acto, para considerar una cobertura de ese elemento que está en el orden jurídico mismo, en la envoltura jurídica que da cauce al goce del algo sufrido: el derecho. Pero lo dañado no es el derecho que sigue incólume frente al ataque, sino el objeto ofendido o disminuido por ese ataque. El derecho, sea personalísimo o no, se reduce a un goce y una reacción para defender ese goce. Luego, no puede ser soporte del daño, el cual se produce sobre el objeto dañado y no sobre el derecho subjetivo - normativo que protege a ese objeto. La teoría no puede explicar por qué un derecho patrimonial, puede derivar en un daño moral para el sujeto, y sin embargo, hay cosas que contienen ambos valores, también los extrapatrimoniales de *afección*, además de sus valores intrínsecos propios de la materialidad y valoración dineraria.

Debe recurrir como subterfugio para comprender este supuesto, a la idea del daño indirecto.

**b) La segunda apunta al interés afectado, sosteniendo que tal interés viene a ser un poder actuar reconocido por la ley hacia el objeto de satisfacción, sería un interés legítimo o jurídico que vendría a importar el contenido de un derecho subjetivo.**

Con una visión más amplia se admite el interés simple, el cual vendría a ser la expectativa de continuar obteniendo el objeto de la satisfacción.

Esta teoría es una variante casi inapreciable de la anterior y con igual efecto en la medida, desde ya, que ciña la noción de interés al aspecto referido de poderse tener el objeto de satisfacción (facultad del sujeto), se conciba este poder como un derecho o rebasa también aquí el problema del daño y del algo dañado, para hacer residir el efecto del ataque en una consideración exterior y no para asimilar lo que precisa y directamente soporta la ofensa. El interés, concebido de esta manera, no puede ser dañado, pues persiste antes y después del ataque incólume, tal como el derecho subjetivo. Ese derecho no es menos derecho ni derecho desmedrado, si en su objeto concurre un daño; ese interés tampoco es menos poder o poder reducido a partir de la ofensa o perjuicio. Ellos no son, por tanto, los menoscabados. A menos que se haya perdido completamente el objeto y por lo tanto el derecho y el interés - facultad.

**c) La tercera teoría, para el daño en general, se ubica en el resultado o la consecuencia de la acción dañosa.**

Y en ese resultado con toda propiedad concentra las miras de su caracterización. De modo que si el detrimento producido por la ofensa disminuye o hace perder un bien (en sentido general y no jurídico) inmaterial y no evaluable en dinero, es daño moral; si patrimonial y mensurable en moneda, es daño material.

El daño jurídico (teorías del derecho y del interés, poder de satisfacción), no conforma en las expectativas de la realidad del

185816

análisis como el daño de hecho, al cual Mosset Iturraspe<sup>54</sup> se refiere, que es disminución o pérdida de idoneidad para satisfacer necesidades del lesionado. Pero no podría ser tal, la supresión de alguno de esos bienes.

En el derecho privado, su faz extracontractual separa los elementos que la conforman: **la relación de causalidad, antijuridicidad, voluntariedad, imputabilidad y daño**. De igual modo en el área contractual, la teoría de la reparación destaca el daño, independientemente de la norma incumplida (antijuridicidad), del incumplimiento o de la mora y de la culpa dolo (imputabilidad). El que está en juego es el elemento daño no algún otro (antijuridicidad, voluntariedad). Por ello se habla de daño material o moral. A diferencia del privado, el derecho penal puede prescindir del daño; puede no haber un objeto dañado.

Es así que Santos Cifuentes<sup>55</sup> considera a la primera de las teorías inapropiada desde que se adscribe al elemento antijuridicidad, olvidándose del daño. Se llegaría al extremo, en el orden probatorio, de acreditar simplemente la acción contraria al derecho, sin necesidad de comprobar la existencia de algo dañado que permite establecer la entidad del daño. Por el mismo razonamiento no comparte la teoría del interés, tal como se la ha concebido en los estrechos límites del poder de satisfacción. En realidad el poder de satisfacción del derecho se adscribe al sujeto que lo tiene conferido por el derecho subjetivo. Es parte de ese derecho, como una de sus fases. El daño se acarrea no a ese poder del sujeto, sino a un bien o soporte, material o inmaterial, del sujeto. No se menoscaba el señorío del sujeto, sino su patrimonio o manifestaciones personales que le acompañan como persona (honra, libertad, cuerpo, intimidad). El poder de satisfacción del derecho no tiene entidad mayor o menor. Si la tiene el daño sobre el objeto dañado. Y estos puntos de mira, encadenados con la relación de

---

<sup>54</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Eximenes, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1982, p. 32.

<sup>55</sup> CIFUENTES, Santos. Derechos de daños. Buenos Aires, Editorial La Roca, 1991, p. 56.

causalidad, son las pautas comparativas de la entidad de los daños que permitan evaluarlos en más o en menos según su gravedad.

Según esta visión la tercera teoría sería la más completa jurídicamente hablando pues se detiene y saca provecho del elemento Daño que la ley hace imprescindible en la reparación del derecho civil o privado. ¿Qué es lo que se daña o perjudica con el hecho ilícito? Ni el derecho que protege el objeto (éste se viola o contradice, no se daña); ni el poder actuar hacia el objeto o hacia la expectativa de satisfacción (éste se neutraliza o paraliza, no se daña), sino el objeto mismo dañado. De modo que cuando el detrimento recae sobre uno de los modos de ser espirituales y todas y cada una de las manifestaciones personalísimas, es daño moral. Ahora la duda que cabe es sobre la claridad de la definición de Daño como ente o instituto que han tratado de dar la tres teorías desarrolladas según la visión de Cifuentes. Y digo esto porque pareciera ser la tercera la más acorde a la realidad, pero deja un cierto gusto a poco, en cuanto no define con certeza al daño, sino que nos habla de las consecuencias de éste, o sea, de lo que produce y sobre lo que afecta (patrimonio o espíritu de las personas).

Nos deja la insatisfacción de no poder saber, en realidad, ¿qué es el daño? Por Cifuentes sabemos cuál es la consecuencia del daño, y según esto a qué tipo de daño nos estamos refiriendo (moral o patrimonial). Pero conocida la consecuencia ¿nos es posible definir al daño? Estoy de acuerdo con Bueres<sup>56</sup> en cuanto no se puede definir por sus consecuencias, pues son cosas distintas la una de la otra: una es causa, el otro efecto. Pero también puedo dar razón a Cifuentes en el reproche de las teorías del derecho subjetivo, y la del interés legítimo, en cuanto éstas tampoco definen al daño en sí mismo, sino que nos dicen qué es lo que afecta, sobre qué recae, pero estamos en situación parecida a la que nos coloca la teoría de las consecuencias o efectos. Una nos dice lo que pasa a raíz del daño y la otra sobre qué recae.

---

<sup>56</sup> BUERES, Alberto. Comentario al art. 1066 en el Código Civil y Normas de Argentina.

Ahora para llegar a una idea, aunque más no sea aproximada, del daño ¿no cabría referimos, previo desecho de la teoría del derecho subjetivo, por las objeciones antes planteadas, a las dos restantes? Y esto a la luz de que, a simple vista, parece que tanto la noción acerca de sobre qué elemento recae el daño, como acerca de cuáles son las consecuencias que produce, son partes integrantes del daño y producen efectos sobre la noción de la reparación. Tanto es así que para no quedarme con esa sensación poco satisfactoria prefiero tomar una idea de daño donde éste sea la afectación a un interés legítimo, pues no considero acertada la idea que sostiene Cifuentes de que el interés como expectativa de satisfacción no se daña, sino que se paraliza o neutraliza. Por el contrario considero que justamente el hecho de paralizar o neutralizar el interés es dañar, y el derecho, a raíz de esa circunstancia, me otorga la posibilidad de poner en funcionamiento nuevamente la maquinaria del interés para lograr las satisfacciones a las necesidades. Pero debo tomar al interés y bien o soporte, material o inmaterial, del sujeto, del que nos habla Cifuentes, como parte de un todo. Y así, de esta manera, mediante la parálisis o neutralización del poder de satisfacción, tengo un menoscabo al patrimonio o manifestaciones personales que acompañan a la persona. Con lo que se consigue darle al interés legítimo (como parte del bien o soporte material o inmaterial) entidad de mayor o menor para su valoración y posterior reparación, según su gravedad. Y por otra parte solucionar el reproche de la incapacidad para explicar la existencia del daño moral y patrimonial frente a un mismo hecho.

Esta idea es un humilde intento de lograr congeniar dos nociones que considero acertadas pero insuficientes para definir el daño, y quizá, desde mi escaso conocimiento de la materia, lograr aplacar ese gusto a poco que me deja con hambre de definir al daño como algo autónomo para poder tratarlo.

Teniendo en cuenta la tendencia de la doctrina en materia de Daños en cuanto a tomar como centro de atención a la víctima, sosteniendo que la reparación es en atención a un daño injustamente

sufrido y no injustamente causado; debemos desligar al daño moral de la muerte de la víctima y de la calidad de herederos forzoso puesto que es solo un instrumento objetivo y arbitrario de limitación para la fijación de los titulares de la acción. La jurisprudencia y la doctrina francesa conceden la acción a toda persona, pariente o no, que pueda invocar un dolor real y profundo como consecuencia del daño ocasionado ilícitamente a la víctima inmediata: "El daño moral que causa, por ejemplo, a una persona el deceso de otra, depende de un vínculo de afecto y no de un vínculo de parentesco"(Mazeaud-Tunc, núm. 1875). Orgaz resalta como acierto de la reforma, la reducción del número de damnificados con derecho a la reparación que, en el texto derogado era bastante inferior al de la jurisprudencia francesa pero que favorecía, a veces con exceso, el reparto de la reparación entre varios parientes con derechos a ella, que así perdía gran parte de su eficacia. Acá no podemos compartir con Orgaz, puesto que no hay reparto, lo que hay son reclamos independientes pues cada uno reclama su propio daño; por la lesión a un interés particular. No se trata de una cuestión hereditaria, como ya ha expresado la doctrina casi unánimemente y la jurisprudencia.

#### 4.3. Nexo de causalidad. Diversas teorías

Para que la conducta omisiva genere responsabilidad debe estar causalmente ligada al resultado dañoso, de modo que se pueda afirmar que la abstención ha actuado como factor eficiente de consumación. Llambías<sup>57</sup> afirma que para que opere la responsabilidad, la abstención tiene que ser la causa del daño: y que esto ocurrirá toda vez que un juicio de probabilidades nos indique que esa abstención influyó como concausa del daño producido, partiendo del supuesto que la acción de quien se abstuvo habría bastado para evitar el daño occurrente. El requisito por el cual la omisión debe constituir la causa –aunque no sea inmediata ni directa- del daño ocasionado, es una consecuencia de la llamada "*teoría de la equivalencia de las condiciones*", en virtud de la cual todos los elementos que de algún modo configuran el daño son considerados como causa. Necesariamente el daño debe ser producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del ilícito. Es decir,

---

<sup>57</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Código Civil Comentado de Argentina, p. 96.

debe guardar una relación de adecuada causalidad la falta de reconocimiento espontáneo y el daño reclamado. El vocablo "responsabilidad" es uno de los términos polisémicos que abundan en el Derecho, pues en la dogmática jurídica - y aún en el uso común- se le atribuyen muy diversos sentidos. Encuentra aplicación en especialidades tales como el Derecho Administrativo, Derecho Ambiental, Derecho Laboral, Derecho Penal y múltiples sub- especialidades derivadas del Derecho Civil. En la mayoría de los casos en que se usa, suele designar la consecuencia de haber desatendido un deber jurídico.

En particular, la teoría de la responsabilidad civil busca dar respuesta a una necesidad social convertida en interés jurídicamente relevante, cual es tutelar la situación de la persona afectada por un daño, proporcionando una respuesta al menoscabo, mediante su reparación. En la época actual se ha revitalizado su vigencia, pues el desarrollo económico tal y como lo conocemos parece ir ligado de manera irremediable a que los sujetos ocupados en generar -y acumular- riqueza, creen riesgos otrora desconocidos, los que pueden llegar a convertirse -y con frecuencia lo hacen- en lesión de los intereses jurídicos de los demás. Como ocurre con la mayoría de los institutos que conforman el Derecho Continental, proveniente de un tronco común de origen romanista, el análisis de la responsabilidad civil se remonta a esos estadios de la historia jurídica. A partir de allí, y a lo largo de muchos siglos los comentaristas y la doctrina fueron trabajando sus conceptos fundamentales, que los franceses positivizaron en el Código de Napoleón.

Luego, por vías diversas, pasó a los ordenamientos latinoamericanos, que acabaron imitándole sin variantes significativas<sup>58</sup>, producto de la tradición mimética que nos ha caracterizado a nivel legislativo. Si bien el estudio tradicional de este instituto subdivide entre responsabilidad contractual (analizada en el Derecho civil de Obligaciones) y responsabilidad extracontractual, (orientada al Derecho de Daños), lo cierto es que la responsabilidad civil tiene una columna vertebral común a cualquiera de sus múltiples manifestaciones (Contractual, extracontractual, subjetiva, objetiva, por hecho propio, por hecho de tercero, de los particulares, de la Administración, por conducta lícita o ilícita, etcétera). Estos elementos imprescindibles son la conducta lesiva, el daño, el nexo de causalidad y el criterio de imputación.

---

<sup>58</sup> GUZMAN BRITO, Alejandro. La Codificación Civil en Iberoamérica. Chile, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, p. 200.

Estos apuntes se concentrarán, sin pretensión de exhaustividad, en el vínculo causa-efecto que indispensablemente debe mediar entre la conducta lesiva y los daños causados, como uno de esos presupuestos de la responsabilidad civil. Se procurará confrontar las líneas generales que al respecto refiere la doctrina, con lo que ha señalado Al respecto puede consultarse la investigación de GUZMÁN BRITO, Alejandro. De previo a llegar a ese punto, se pasará un breve vistazo por los fundamentos constitucionales y legales de la responsabilidad civil y el nexa causal.

#### 4.4. Diversas Teorías.

La teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, de fines del Siglo XIX fue atribuida al Alemán Von Büñ. Sostiene que normalmente confluye una multiplicidad de causas para que se produzca un determinado desenlace, todas ellas equivalentes en la producción del evento dañoso. Si en el ejercicio de suprimir hipotéticamente una de ellas se obtiene que el resultado no tuviera lugar, se ha dado con aquella sin la cual el daño no existiría<sup>59</sup>.

A nivel práctico, esta teoría no es de mucha ayuda, pues no marca un límite claro en el análisis retrospectivo del motivo que origina un evento dañoso. En un caso como el descrito se llegaría a considerar como potenciales causas al contrato de trabajo del operario que resbala, antes que él, al negocio jurídico que lleva a la contratista a ocuparse de la obra, un poco más atrás está la decisión del propietario de edificar en el lugar, junto con la determinación de acabar con la propia vida por parte del suicida, el portar objetos en los regazos mientras se circula en un vehículo, etcétera. Estimo que existirá acuerdo en que esto resulta excesivo. Además, podría presentarse que en una determinada concurrencia de causas, de suprimir una de ellas, se evite el evento, pero de suprimir otra y no aquella, también desaparezca el daño. Es decir, que cada una puede originar el daño, por sí sola, sin la confluencia de la otra. En resumidas cuentas, esta teoría no disminuye o limita en mayor medida que el operador pueda –y deba- escoger cuál es la causa sin la cual el menoscabo no se hubiera producido, porque no le indica cómo definir el límite retrospectivo de su análisis.

Por otro lado, la causalidad *próxima* desarrollada a partir de las ideas expuestas por Francis Bacon, jurista francés del Siglo XVI, intenta determinar la

---

<sup>59</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. La relación de causalidad en la órbita el Derecho de Daños. Valencia, Tirant, 2000, p. 81.

causa que, desde la perspectiva temporal, se acerca más al evento lesivo, esto es, la causa inmediata o próxima<sup>60</sup>. Sus debilidades también son ostensibles, en vista de que no necesariamente el evento que se encuentra más cercano al daño, en tiempo, es el que lo explica, pues puede, a su vez, ser consecuencia de otros hechos mediatos.

Las teorías de la **causa preponderante y causa eficiente** son citadas con menor frecuencia en los tratados de responsabilidad civil. La primera se atribuye a Biding y Oertmann y la segunda a Birkmeyer<sup>61</sup>. Aquélla postula que la causa es la que en mayor medida ha contribuido a ocasionar el daño. La última muestra una orientación más cualitativa que cuantitativa porque señala que bajo criterios de normalidad, la causa eficiente es la que tiene mayor eficacia para generar el curso causal de los acontecimientos<sup>62</sup>. Si bien en casos fáciles estos criterios podrían ser de utilidad, no siempre es sencillo determinar de manera intersubjetiva cuál es la causa que en mayor medida ha contribuido a ocasionar el daño, ni cuál tiene más eficacia que otras para generar un determinado desenlace. Además, no indican cómo –ni con qué parámetros– se mide esa “preponderancia”, ni esa “eficacia”. Cabría pensar, por ejemplo, en la destrucción de un vehículo propiedad de A, aparcado en un inmueble perteneciente a B, que contenía material altamente inflamable del cual es dueño C y se incendia por una pequeña quema de residuos orgánicos en un predio vecino perteneciente a D. De la quema realizada, el viento transporta una chispa que al entrar en contacto con el material inflamable cercano al vehículo termina incendiándolo. ¿Cuál causa ha contribuido en mayor medida a generar el daño?, ¿cuál tiene mayor eficacia para generar el curso causal de los acontecimientos?, ¿albergar material inflamable cerca del vehículo, o la quema?, ¿ambas? De nuevo, el operador tiene que decidir.

La tesis de la causalidad adecuada parte de las ideas de Von Kries<sup>63</sup>. Sostiene que la probabilidad debe tenerse en cuenta en la determinación de las causas de los sucesos, entendiendo por ella la frecuencia en la relación entre dos clases de eventos, que en algunos casos se da de modo necesario, como en las leyes

---

<sup>60</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Madrid, Editorial Famel, 1993, p. 190.

<sup>61</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit., p. 269.

<sup>62</sup> DE CUEVILLAS, pp. 89-90.

<sup>63</sup> Ibid., p. 91.

naturales y en otros sólo permite establecer una frecuencia estadística<sup>64</sup>. Señala que la supuesta causa del evento dañoso, bajo un análisis probabilística, debe corresponder o relacionarse con el menoscabo.

Esta teoría, a mi juicio, es la única que sigue criterios racionales –las demás sólo brindan parámetros más o menos razonables–, pues las perspectivas de análisis que proponen para determinar el nexo de causalidad son controlables. Las premisas y las conclusiones de los razonamientos que llevan a concluir el carácter necesario o probable entre dos eventos del cual uno es antecedente del otro, pueden ser revisados, controvertidos, reafirmados o desechados por el resto de la comunidad jurídica.

Más recientemente, el Derecho Penal desarrolló la teoría de la imputación objetiva, que sigue las ideas de Roxin y Jakobs. El primero de esos autores señala que un resultado sólo puede ser imputado a una persona si ha creado un peligro para un bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha materializado<sup>65</sup>. El segundo elabora una serie de criterios que la completan y que son el del riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima, que afirman o excluyen la imputación a un sujeto de un determinado evento<sup>66</sup>.

Para la responsabilidad civil Díez-Picazo propone los siguientes parámetros de análisis a fin de corroborar o excluir la imputación objetiva<sup>67</sup>. Conviene advertir que para este autor el análisis de imputación objetiva está relacionado con la causalidad, y no excluye el juicio de “imputación subjetiva” esto es, que se pueda encontrar culpa o negligencia.

1. Riesgo general de la vida. La vida civilizada supone determinados ámbitos de socialización de los sujetos, en los que se producen riesgos. Si en el curso de acontecimientos que conducen a un daño, intervienen varias personas que cuáles “actualizan” esos riesgos, no se deben imputar los daños al autor mediato<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> DIEZ PICAZO, Luis. Op. Cit., p. 338.

<sup>65</sup> DIEZ PICAZO, Op. Cit., p. 341

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 343-346.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 346.

2. Prohibición de regreso. Si interviene en un resultado lesivo, de manera sobrevinida, la conducta dolosa o imprudente de un sujeto, se ha dado con el responsable y el análisis no puede regresar más atrás de esa persona<sup>69</sup>.
3. Criterio de provocación. Quien “provoca” daños o los “crea culpablemente” responde de modo objetivo por ellos<sup>70</sup>.
4. El fin de protección de la norma. No pueden imputarse a la conducta del autor los resultados dañosos que caigan fuera de la finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda justificarse la responsabilidad de un sujeto<sup>71</sup>.
5. Incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta. No se imputará un daño a un sujeto si de suprimir mentalmente la conducta que se le achaca, el evento dañoso con seguridad o “probabilidad rayana en la certeza” igual se hubiera producido el daño<sup>72</sup>.
6. Los supuestos de competencia de la víctima a, es ella a quien se le imputan los daños, no así al autor mediato<sup>73</sup>.

En mi criterio, esta pomenorizada elaboración pone de manifiesto lo que se ha venido advirtiendo con las otras teorías, es decir, que todas encierran un ámbito de escogencia y elección de muy difícil reducción. La posibilidad de llenar conceptos jurídicos indeterminados como “riesgos”, “fin de la norma”, o bien, los juicios de valor que implica determinar cuándo se actualizan riesgos, cuándo hay dolo y cuándo imprudencia, son sólo ejemplos en los que queda patente cómo el operador, aún bajo ciertos parámetros en apariencia objetivos, sigue decidiendo cómo y hasta dónde llevar el análisis de la causa de un evento lesivo. Una vez definido lo anterior, se confrontarán estas teorías con lo que indica la legislación y los desarrollos que sobre la causalidad ha hecho la jurisprudencia.

#### **4.5. Factores de atribución. Teorías**

La falta de reconocimiento voluntario de la paternidad por parte del padre biológico, implica la existencia de un factor de atribución subjetivo, y dentro de éste la

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 346-347.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 347-347.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 348.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 348.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 349

presencia tanto de “culpa” –en el sentido estricto del término– como de “dolo”. 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 (arts. 1320 y 1321 del Código Civil). Por el contrario, habrá un comportamiento doloso cuando el acto ilícito de la falta de reconocimiento es ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro (arts. 1318 del Código Civil).

No es fácil en los hechos concebir un caso de conducta negligente (culposa), 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. Quien no se conduzca de esta manera, estará inevitablemente incurriendo en una conducta dolosa (omisión antijurídica), que se presumirá por el simple hecho de la demostración en juicio del conocimiento que tenía el padre 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 no obstante omite el comportamiento debido, ha actuado ilícitamente a sabiendas y, por otro lado, no podrá sostener que no tuvo la intención de dañar a la persona o los derechos del hijo que no se reconoce. Conocer que existe la posibilidad cierta de ser padre implica, necesariamente, conocer que se va a dañar a la persona o los derechos del hijo si no se lo reconoce, por lo que si no se conjuran esos daños mediante el comportamiento debido es porque –jurídicamente hablando– se los quiere. Haciendo un poco de tópica jurídica, podría mencionarse como ejemplo de comportamiento solamente culposo, el del sujeto al que se le imputa la paternidad luego de haber tenido relaciones con una prostituta, o de quien dudaba fuertemente de esa paternidad en virtud de una razón atendible para ello, como es el caso del hombre que durante muchos años fue estéril. Pero, repetimos, debido a la casi certeza que hoy producen las pruebas biológicas, la duda razonable sobre la paternidad no exime de responsabilidad al progenitor.

No habrá responsabilidad civil, como bien se lo ha sostenido, en caso de imposibilidad de reconocimiento por parte del padre extramatrimonial, por gozar el hijo de la presunción de paternidad del marido de la madre. Es el caso del menor

habido en el seno del matrimonio entre una mujer casada y un tercero, en donde este último no puede accionar por filiación hasta tanto no se remueva el obstáculo legal que implica la existencia de una filiación anteriormente establecida, dado que la acción de impugnación de la paternidad legítima sólo puede ser promovida por el hijo y por el marido de la madre. Las apreciaciones anteriores, que nos permitirán conceptuar si el comportamiento asumido por el demandado es doloso o culposo, tienen sus consecuencias prácticas, puesto que la falta de reconocimiento deliberada del progenitor frustrando el derecho a la identidad y la percepción de una cuota alimentaria, entre otras cosas, es una conducta ilícita dolosa que hace inaplicable el beneficio del art. 1321 segunda parte del Código Civil.

En este sentido afirma Mosset Iturraspe que: "El derecho positivo se compone de normas, genéricas y abstractas, que los jueces deben concretar y particularizar a partir de las especificaciones del caso [...]. En nuestro ordenamiento contamos con la sabia preceptiva del art. 1332, obviamente aplicable a los daños morales: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa». Este texto posibilita, respecto del obligado a pagar la indemnización, la consideración por el juez de su situación económica, la de él y sus familiares convivientes, y, así mismo, la imputabilidad del hecho causante del daño: de los factores que fundan esa atribución, de la concurrencia o no de los factores objetivos y subjetivos, etc."<sup>74</sup>.

Por lo dicho hasta aquí resulta fundamental en este aspecto, es decir en cuanto al "factor de atribución" de responsabilidad civil, demostrar en juicio que el progenitor renuente en el reconocimiento voluntario de su paternidad conocía o pudo razonablemente conocer el "estado de gravidez" de la madre del menor y que, a su vez, era posible su paternidad con respecto a este último. Y esto no es una cuestión meramente procesal, sino justamente de derecho sustantivo. No es viable imputarle culpabilidad alguna a quien no conocía ni podía razonablemente conocer el hecho de su paternidad. Pero tampoco resulta razonable exigir, como contrapartida, un conocimiento preciso y acabado de esa paternidad, puesto que la misma se acredita fehacientemente mediante pruebas biológicas o científicas. Por ello, entendemos que, a estos fines, es suficiente la posibilidad razonable de conocimiento del hecho de la paternidad (v.gr., a través de la comunicación que la madre del niño le haya hecho o

---

<sup>74</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo 5, 1999, p. 231.

del conocimiento del embarazo de la persona con quien mantenía relaciones afectivas en el período de la concepción), pues de ahí en más existen distintos medios al alcance del interesado como para comprobar la existencia o no del nexo biológico que se le atribuye (en caso de que tenga dudas razonables) y evitar de esta manera los daños y perjuicios, deslindando responsabilidad civil al respecto. Creemos que son aplicables los principios generales de responsabilidad civil en el derecho de familia, por lo tanto es menester acreditar todos los presupuestos de responsabilidad exigidos en el derecho civil: 1.1. Antijuridicidad, 1.2. Daño, 1.3. Causalidad, y 1.4. Factores de atribución de responsabilidad. Con relación a los factores de atribución de responsabilidad, sostenemos que en el tema específico de indemnización por no reconocimiento de hijo, es necesario la existencia de dolo o culpa, sin realizar distingos en cuanto a esta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias. Descartamos a los factores de atribución de responsabilidad de naturaleza objetiva como generadores de derecho de indemnización por no reconocimiento de hijo.

En un principio se pensaba que el Derecho de Daños era extraño al Derecho de Familia, en la medida en que la relación íntima entre los miembros de la familia obstaba a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Debía primar en las familias una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Se debía atender, prioritariamente, "a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad"; por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la pietas familie, piedad o consideración debida entre sus miembros. Ello sin perjuicio de aplicar frente a las conductas antijurídicas las sanciones específicas de ese Derecho.

Como consecuencia de la concepción política que pretende culminar con los privilegios personales que caracterizaron a los siglos XVIII y XIX y primeras décadas del XX, toma impulso la concepción jurídica que hace primar los principios de una nación democrática e igualitaria. Esta concepción provoca la aparición de partidarios de extender la responsabilidad por los hechos dañosos al ámbito familiar. Los autores que sostienen la misma, permiten aludir a una "nueva familia", distinta de la tradicional o clásica; destacando como característica de la misma la necesidad de una justa democratización de las relaciones familiares, recogidas por normas jurídicas a nivel internacional e interno; la desacralización de los lazos familiares, unida a una

fuerte relajación de los vínculos emergentes, y por sobre todo, la iniquidad que importa dejar un daño injusto sin la condigna reparación. Ser miembro de la misma familia, se sostiene, lejos de ser un "atenuante" es una "agravante" que compromete aún más al agente dañador<sup>75</sup>. Si bien hoy no es discutible la aplicación del Derecho de Daños en el Derecho de Familia, cabe preguntarnos qué factor de atribución de responsabilidad origina el derecho a una indemnización en la falta de reconocimiento de hijo.

En este punto, consideramos que existen tres posiciones doctrinarias y jurisprudenciales a saber:

**a) Tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad:**

Consideramos como representante de este sector de la doctrina a la Dra. Nelly Minyersky, quien sostiene: "Frente al progresivo y debido lugar que ocupa actualmente la teoría de la carga dinámica de las pruebas, cualquiera fuera la posición sustentada, se debe procurar facilitar el logro del emplazamiento filial con la condigna reparación de los daños"<sup>76</sup>. La ley y la jurisprudencia tienen una función dialéctica y ejemplificadora. A través de una debida articulación de las normas se logrará la efectividad de los derechos constitucionales reiteradamente citados. Ello irá impregnando la conciencia social de los principios de la paternidad y maternidad responsables.

Una posición en tal sentido acercará la responsabilidad a los criterios más modernos que centran el derecho de daños en la víctima y en la reparación, y no en la conducta del actor del hecho dañoso, considerando así como eje de la política tuitiva al menor y sus derechos. Ya decía Mosset Iturraspe que: "Son numerosas las voces que predicen una progresiva intrascendencia de la responsabilidad como hecho jurídico, hasta llegar a la supresión misma de la idea, reemplazada por la reparación queda evidenciado que el tema de la responsabilidad escapa a los moldes, requiriendo un tratamiento acorde con las circunstancias históricas y necesidades de la hora presente"<sup>77</sup>. De lo expuesto se colige que, para la doctora Nelly Minyersky, debe primar el presupuesto de

---

<sup>75</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones de familiares. Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2001, p. 9.

<sup>76</sup> MINYERSKY, Nelly. Ob. Cit., pp. 549-562.

<sup>77</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. Cit., p.135.

responsabilidad de la causalidad independientemente del factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

No exime de responsabilidad al progenitor la eventual falta de culpa o negligencia, pues la indemnización por agravio moral no es punitiva sino resarcitoria, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad.

**b) Tesis que incluye como factores de atribución de responsabilidad a la culpa sin distinción de clases y al dolo.**

Como exponentes de esta posición se encuentran Eduardo A. Zannoni, quien manifiesta que "la mera falta de reconocimiento no genera sin más responsabilidad sino que ésta debe ser imputable a título de dolo o culpa"<sup>78</sup>.

A mayor abundamiento, podemos citar el trabajo de los Dres. Eduardo Molina Quiroga y Lidia E. Viggliola, donde sostienen que: "El factor de atribución de responsabilidad es subjetivo. Se atribuirá responsabilidad a quien no pueda justificar un error excusable que obsta a la culpabilidad de quien, más tarde, es declarado padre o madre (ejemplo: la ignorancia de que la mujer había quedado embarazada y dio a luz al hijo, creencia razonable en la propia esterilidad basada en análisis anteriores fehacientes, etc.). Pero hay que analizar toda la conducta: una razonable negativa a reconocer espontáneamente al hijo no exculpa la renuencia a prestarse a las pruebas biológicas"<sup>79</sup>.

También como exponente de esta posición, podemos citar a Claudio Gustavo Romano, que manifiesta: "El proceder paterno debe ser de evasión a la paternidad, esa es la real fuente del derecho a ser indemnizado y no simplemente de la falta de reconocimiento. La evasión paterna al reconocimiento, a la identidad del hijo, a su derecho a nombre, etc. es lo que genera la responsabilidad. El padre que sin haber reconocido expresamente a su hijo, si tuvo el hijo éste posesión de estado, si se allanó el padre a la reclamación, si esto ocurrió teniendo el menor cuatro años de edad, etc., la situación se circunscribe al emplazamiento registral y difícilmente haya generado daño, esto hace que se concluya, que la posibilidad de

---

<sup>78</sup> ZANNONI, Eduardo. Ob. Cit. pp. 98-325.

<sup>79</sup> MOLINA QUIROGA, Eduardo y Lidia E. VIGGIOLA. Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesiones a la identidad. Resarcimiento del daño. Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2005, pp. 902-906.

conceder la indemnización por falta de reconocimiento por parte del padre dependerá estrictamente de las circunstancias del caso y excluya reparaciones automáticas y mecánicas<sup>80</sup>. Por lo tanto para este autor es necesario analizar como factor de atribución de responsabilidad, el dolo o la culpa del autor.

**c) Tesis que propugna sólo a la culpa grave y al dolo como factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de hijo.**

Dentro de esta corriente doctrinaria, se encuentra la Dra. Graciela Medina, quien al adherir a la exigencia del dolo o culpa grave como factor de atribución de responsabilidad en el derecho de familia, exige la culpa grave asimilada al dolo para responsabilizar al progenitor no reconociente. Afirmando que “de esta manera se continúa la tradición argentina en materia de derecho de familia, ya que si bien el ordenamiento general de derecho civil no acepta la diferencia de culpa grave y leve en general, sí la aceptó siempre en el ámbito del derecho de familia”<sup>81</sup> Dicho criterio se cristaliza en el proyecto de reforma integrada del código civil del 1998, en el cual en el art. 1686, se legisla específicamente sobre la responsabilidad en las relaciones de familia, exigiéndose la culpa grave o el dolo como factores de atribución de responsabilidad. Nuestra posición: No compartimos la tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad, pues es ineludible el tratamiento de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad.

En definitiva, creemos que son aplicables los principios generales de responsabilidad civil en el derecho de familia, por lo tanto es menester acreditar todos los presupuestos de responsabilidad exigidos en el derecho civil:

**1. Antijuridicidad:** o sea la existencia de un actuar contrario a derecho que aparece configurada con el no reconocimiento de hijo.

**2. El daño:** Deberá distinguirse entre daño moral y material. Con respecto al daño moral en ciertos casos existirá *in re ipsa*, en otras circunstancias deberá realizarse una evaluación fáctica para determinar su existencia. En este punto cabe distinguir: entre el daño moral, por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado hijo del progenitor en los medios sociales, del derivado de las

---

<sup>80</sup> ROMANO, Claudio Gustavo. Filiación. Falta de reconocimiento del hijo. Daño Moral. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p.161.

<sup>81</sup> MEDINA, Graciela. Revista del Derecho de Daños N° 06. Daño Moral. Daño extrapatrimonial en el Derecho de familia y el proyecto de código civil unificado de 1998. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 91.

carencias afectivas, pues ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia. Con relación al daño material en todos los casos deberá ser probado y no en todos los supuestos producirse. Estos daños se configurarían por las carencias materiales que la falta de reconocimiento del progenitor le ocasionó al hijo.

**3. Nexo de causalidad:** Es la atribución de un resultado a un hecho fuente. Por lo tanto en los supuestos de no reconocimiento de hijo, el nexo de causalidad se configuraría ante el no reconocimiento y el daño provocado al hijo.

**4. Factor de atribución de responsabilidad:** Sostenemos que en el tema específico de indemnización por no reconocimiento de hijo, es necesario la existencia de dolo o culpa, sin realizar distinciones en cuanto a ésta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias. Descartamos a los factores de atribución de responsabilidad de naturaleza objetiva, como generadores de derecho de indemnización por no reconocimiento de hijo, por los argumentos explicados en el desarrollo de este trabajo.

Con relación a este presupuesto se coincide en que se trata de un caso de responsabilidad subjetiva. La omisión es reprochable en tanto el progenitor incurre en ella intencionalmente, siendo sólo causales de eximición la ignorancia del embarazo, creencia razonable en la propia esterilidad basada en análisis anteriores fehacientes, ocultamiento del parto<sup>82</sup>, etc. Puede existir imposibilidad de reconocimiento que exime también de responsabilidad, circunstancia que se produce cuando el hijo no puede ser reconocido por el padre extramatrimonial por gozar de la presunción de paternidad del marido de la madre.

Si bien – como se dijo – se está ante un supuesto de responsabilidad subjetiva, es decir atribuible a título de dolo o culpa, careciendo la reparación del daño moral de carácter punitivo, y siendo por ende de naturaleza eminentemente resarcitoria, ninguna importancia tiene determinar si la actitud puede calificarse de dolosa o culposa, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpa. Esta tesis prevalece hoy en forma pacífica, siendo la relación causal y la magnitud del daño determinantes del quantum indemnizatorio, no la mayor o menor reprochabilidad del autor. Se centra el análisis en la “víctima” y en la

---

<sup>82</sup> ZANNONI, Eduardo. Op. Cit., p. 97.

reparación, y no en la conducta del autor del daño, considerando así como eje de la política tuitiva al menor y sus derechos, concepto que hace a su propia consideración como sujeto de derecho<sup>83</sup>.

## **5.- Funciones que se le atribuye a la responsabilidad civil**

### **5.1. Función resarcitoria.**

Estando a las ideas vertidas y atendiendo a la evolución de la responsabilidad civil, así como en congruencia con los criterios manejados en la doctrina nacional y extranjera<sup>84</sup>, se sostiene en forma unánime que la función natural de la responsabilidad civil o del Derecho de daños, es la reparación o resarcimiento de los daños causados a la víctima, sea ésta individual o colectiva; constituyendo dicha función su razón de ser o fundamento dentro del ordenamiento jurídico y del control social. Inclusive desde una perspectiva de eficiencia vinculada al funcionamiento del mercado y al análisis económico del derecho, se llega a la conclusión de que en la sociedad moderna” el fin fundamental de las reglas de la responsabilidad es, en consecuencia el perfil resarcitorio<sup>85</sup>.

### **5.2. Función preventiva.-**

Asimismo, también se le atribuye una función preventiva de futuras lesiones a los bienes o intereses jurídicos<sup>86</sup>; en este sentido, PIZARRO refiere: “La prevención representa una nueva función del denominado “Derecho de daños”. Tanto en el Derecho comparado como en nuestro país, se advierten tendencias doctrinarias decididas a favor de los remedios preventivos, que se presentan como completo idóneo y necesario de las vías resarcitorias<sup>87</sup>. Esta función preventiva puede ser general o específica. La primera referida al efecto disuasorio que transmite la amerción efectiva de la consecuencia legal frente a la producción del hecho dañoso, y la segunda referida a la imposición de deberes especiales a determinados sujetos

---

<sup>83</sup> MINYERSKY, Nelly. Op. Cit., p. 549.

<sup>84</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit., p. 67.

<sup>85</sup> ALPA, Guido. Responsabilidad civil y daño. Traducción de Juan Espinoza Espinoza, Responsabilidad Civil. Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p. 78.

<sup>86</sup> DIEZ-PICAZO. Ob. Cit. pág. 47.

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p. 47.

vinculados a actividades riesgosas o peligros a fin de evitar la consumación de daños o a detener los efectos de una acción dañosa ya iniciada.

Sin embargo, no todos los autores manejan el mismo criterio para fundamentar esta función de la responsabilidad civil, así algunos consideran que ésta cumple su función preventiva en cuanto hace surgir una obligación inhibitoria frente al peligro, a fin de evitar que se produzca o continúe el perjuicio, sobre todo en casos de daños a la salud pública, al ambiente<sup>88</sup>, o en general en casos en que si el daño se produjese no se podría encontrar remedio en el resarcimiento, encontrándonos ante un caso de irreparabilidad<sup>89</sup>. Dichos autores asumen que esta función preventiva viabiliza las acciones inhibitorias procesales sobre todo cuando se trata de riesgos a bienes jurídicos fundamentales. Otros afirman que el reflejo preventivo se concreta a través de la latente reacción psicológica intimidadora ejercida por el conocimiento de tal reacción<sup>90</sup>. Ello implica reconocer que la norma jurídica" aparte de un mandato o prohibición y precepto, comprende también la amenaza de unas consecuencias desfavorables para el caso de violación del precepto-sanción-. En cuanto tal consecuencia constituya una amenaza con el fin de reintegrar el interés lesionado, la norma pretende sancionar la violación del precepto, conminando al responsable a la reparación del daño<sup>91</sup>. Pues, la amenaza con el resarcimiento produciría una motivación psicológica que inclina a obedecer el precepto, a abstenerse de su violación, esto es, a no producirse el daño. Concluyéndose que toda regulación de la responsabilidad civil deberá responder a fines preventivos y no solamente reparadores.

### 5.3. Función sancionadora o punitiva

De otro lado, también se sostiene que la responsabilidad civil tiene una función sancionadora, llegando a hablarse de "daños punitivo" y de "pena civil"<sup>92</sup>.

Entienden como "daños punitivos o penas civiles" a "...ciertas sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el

---

<sup>88</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, Op. Cit. p. 69

<sup>89</sup> DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría General de la responsabilidad Civil. Bogotá, Barcelona, imprenta universitaria de Bogotá, 1996, p. 574.

<sup>90</sup> DE CUPIS, Adriano. Op. Cit., p. 572.

<sup>91</sup> DE CUPIS, Adriano. Op. Cit. p. 581.

<sup>92</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 37.

damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro<sup>93</sup>; asumiéndose como finalidades de estos daños (punitivos o penas civiles), la prevención y punición de graves inconductas, el restablecimiento del equilibrio emocional de la víctima, la reprobación social frente a las conductas graves, la protección del equilibrio del mercado así como el desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos, entre otras. O también como refiere TRIGO REPRESAS: Con ello se persigue una doble finalidad: la de sancionar al sujeto dañador por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable, y además la de desterrar la eventual reproducción de futuros proceder ilícitos parecido, mediante la disuasión o desanimando al agente del daño<sup>94</sup>. En general para viabilizar estos daños punitivos se exige que el dañador haya logrado un beneficio económico muy superior al monto de la obligación resarcitoria a que hubiere lugar y que el agente haya actuado mediante dolo o grave negligencia<sup>94</sup>, aun cuando también se dice que en el caso de la indemnización por daño moral no se trata propiamente de una reparación (o satisfacción) sino de una punición disfrazada<sup>95</sup>. En otros términos, también se señala como funciones de estos daños punitivos, sancionar al dañador, prevenir sucesos lesivos similares y eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa<sup>96</sup>.

## **6.- Responsabilidad civil contractual y extracontractual.-**

Como se ha indicado, la responsabilidad civil implica la atribución de la obligación de responder por un daño producido, lo que se concreta a través de la consecuente compensación al agraviado. Históricamente la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han diferenciado dos tipos de responsabilidad civil, dependiendo de la fuente en la que tenía su origen la obligación resarcitoria, considerándose por un lado la que tenía como fuente un vínculo obligacional preexistente entre el agente del daño y el agraviado, por la cual se establecía una relación deudor-acreedor. Ordinariamente esta fuente de la obligación es el contrato (sin que se agote en éste, ya que puede tratarse de otro tipo de acto que vincule al deudor y acreedor), en estos casos se habla de responsabilidad contractual, y el daño resulta precisamente del incumplimiento o del cumplimiento tardío o

---

<sup>93</sup> TRIGO REPRESAS, Op. Cit., p. 288.

<sup>94</sup> Ibid., p. 285.

<sup>95</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op. Cit. p. 193.

<sup>96</sup> Ibid., p. 189.

defectuoso de la obligación específica asumida en el contrato, o alguna otra prestación especialmente vinculada a la asumida en la relación contractual.

De otro lado, cuando la fuente de la obligación consiste en la infracción del deber general de no dañar a nadie, se habla de la llamada responsabilidad extracontractual; en este caso el contenido de la obligación está determinado por la entidad y la magnitud del daño que de cualquier modo se hubiese causado a la víctima. En suma, se dice que la responsabilidad contractual tiene su origen en la voluntad de las partes del contrato y la extracontractual en la ley; asimismo, que la responsabilidad contractual resulta del vínculo exclusivo establecido únicamente entre las partes contratantes, mientras que la extracontractual resulta del deber general erga omnes que vincula a todos los integrantes del grupo social<sup>97</sup>. En el primer caso se trata del incumplimiento de una obligación singularizada e instituida previamente entre los interesados o por alguien que asume unilateralmente la deuda<sup>98</sup>; mientras que en el segundo se trata de una obligación general estatuida por el ordenamiento jurídico o por la propia convivencia social<sup>99</sup>.

El fundamento de esta clasificación parecería elemental y sencillo, sin embargo, se presentan casos en que ambos tipos de responsabilidad se superponen haciendo que la determinación del tipo de responsabilidad y sus respectivas consecuencias ya no resulten tan obvias, puesto que las fronteras entre ambas se toman difusas; esto sucede por ejemplo en los casos en que durante el cumplimiento de éste, se producen lesiones o incluso la muerte de una persona. Aquí no se puede sostener que la protección de la integridad física o mental así como la vida, formaban parte del contenido del contrato, y por ello, ante el incumplimiento de dicha protección, se debe recurrir a la responsabilidad contractual; en estos casos, a pesar de que por el contrato surgen deberes de información y de protección<sup>100</sup>, parece más adecuado recurrir a las reglas de la responsabilidad extracontractual, tal como se sostiene en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>101</sup>. ALPA, respecto a esta barrera confusa hace referencia a otros casos, e indica, "... a menudo, es difícil clasificar una figura como contractual o extracontractual: los ejemplos en la actualidad, son numerosos y aluden a los errores del médico, los daños provocados por

---

<sup>97</sup> ESTEVIL, Luis Pascual. Op. Cit., p.108.

<sup>98</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ. Op. Cit. p. 91.

<sup>99</sup> GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. La reparación en el proceso penal. Lima, Segunda edición, Editorial Idemsa, 2005, p. 123.

<sup>100</sup> DIEZ PICAZO. Op. Cit. p. 265.

<sup>101</sup> *Ibíd.*, p. 251.

productos defectuosos, el daño causado a los parientes por el fallecimiento del alimentante (...), en fin la lista puede continuar<sup>102</sup>.

Se señalan como razones para diferenciar ambos tipos de responsabilidad, además de distinto origen:

- a. La responsabilidad contractual se imputa sólo a título de factores subjetivos (dolo, culpa inexcusable o culpa leve), salvo casos excepcionales expresamente determinados por ley o por el título de la obligación<sup>103</sup>, en cambio, en la extracontractual, además de los factores de atribución subjetivos, operan los factores de atribución objetivos, como se verá más adelante.
- b. La capacidad negocial de los obligados<sup>104</sup>, pues mientras que en la contractual el obligado tiene que ser necesariamente una persona con plena capacidad de ejercicio, precisamente porque la capacidad es necesaria para vincularse contractualmente; en la extracontractual no es necesaria dicha capacidad, puesto que pueden resultar responsables personas incapaces que hubieren causado el daño, exigiéndose únicamente que hubiesen actuado con cierta capacidad de discernimiento, inclusive, por razones de equidad se puede hacer responsables extracontractualmente a personas incapaces sin ningún discernimiento, tal es el caso del artículo 1977º de nuestro Código Civil, por ejemplo.
- c. El grado de calificación de la culpa<sup>105</sup> ya que para la atribución de la responsabilidad contractual se requiere de culpa grave (inexcusable) y leve, resultando difícil la atribución en casos de culpa levísima, en cambio para la extracontractual no hay problema alguno para atribuir responsabilidad por esta última. Asimismo, en la contractual no responderá el agente en casos de culpa leve por los daños que no pudo prever, lo cual no constituye problema alguno para la responsabilidad extracontractual en la que la reparación del daño será de modo integral, ya que en ésta no se admiten grados de culpa<sup>106</sup>.
- d. Los plazos de prescripción también son diferentes, en caso de contractual (en nuestro ordenamiento jurídico) es de 10 años mientras que para la extracontractual es de dos años.

---

<sup>102</sup> ALPA. Op. Cit. p. 29.

<sup>103</sup> DIEZ PICAZO. Op. Cit., p. 580.

<sup>104</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ. Ob. Cit., pág. 15.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, p. 16.

<sup>106</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA. Op. Cit., p. 418.

- e. Para que surja la responsabilidad contractual es necesaria la mora de parte del obligado, la extracontractual se constituye por el hecho mismo del daño y nace en el instante en que éste se ha causado<sup>107</sup>.
- f. En cuanto al monto o magnitud del daño, en los casos de contratos cuyo objeto es una obligación sujeta a cláusula penal, el demandante no está obligado a probar la entidad y magnitud del daño, siendo suficiente invocar la cláusula penal a través de la cual se ha determinado con antelación la calidad y monto de éstas; ello no es posible en la responsabilidad extracontractual en que se tiene que probar todos y cada uno de los daños si se aspira a una reparación integral.
- g. Se considera válido el pacto de limitación y exclusión de la responsabilidad contractual y nula, en cambio, el pacto relativo a la responsabilidad extracontractual<sup>108</sup>. Sobre todo, cuando se trata de actos dolosos.

Asimismo, también se esgrimen como argumentos de diferenciación cuestiones de competencia (donde ésta esté diferenciada) así como aspectos relativos al onus probandi<sup>109</sup>, esto último especialmente cuando se trata de obligaciones de resultado en la responsabilidad contractual, en las que la prueba de la culpa corre a cargo del obligado y no de quien la invoca, resultando suficiente para este último con probar el incumplimiento. Estas diferencias, están establecidas en las diversas legislaciones y la jurisprudencia las asume sin problema alguno, por lo que desde este punto de vista se puede atribuir cierta utilidad a la diferenciación de estos tipos de responsabilidad como categorías distintas.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria no admite tal diferenciación, pronunciándose en el sentido de que la responsabilidad es unitaria y que carece de todo fundamento la pretensión diferenciadora<sup>110</sup>. Asimismo, se sostiene que si bien la fuente de la responsabilidad puede ser distinta (en un caso la obligación previamente pactada y en otro el deber general de no causar daño a nadie), dicha fuente no determina el contenido y naturaleza de la responsabilidad, la misma que en todos los casos está referida y tiene como finalidad el resarcimiento o la indemnización del daño causado<sup>111</sup> con independencia de las circunstancias que a ese daño rodearon

---

<sup>107</sup> *Ibidem.*, p. 458.

<sup>108</sup> ALPA. *Op. Cit.* pág. 28.

<sup>109</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ. *Op. Cit.*, pp. 15 y 17.

<sup>110</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá, Temis, 1981, p.60.

<sup>111</sup> DIEZ PICAZO. *Op. Cit.*, p. 264.

(lo que le da unidad), por lo que las diferencias anotadas constituirían cuestiones accesorias vinculadas únicamente al ejercicio de la acción resarcitoria y sustentadas en condicionantes puramente históricos<sup>112</sup>.

A pesar de los criterios de la doctrina mayoritaria, que niegan la existencia de estos tipos de responsabilidad, desde nuestro punto de vista y sin pretender zanjar la problemática ni mucho menos, podemos asumir que, si bien las diferencias no serían suficiente para fundamentar la naturaleza distinta de ambos tipos de responsabilidad, desde una perspectiva funcional y tradicional, resulta de utilidad la diferenciación para resolver los diversos casos que en la práctica se presentan; tanto más si en las legislaciones y en la jurisprudencia está plasmada dicha diferenciación. Pues, a través del contrato se puede regular o condicionar la conducta del obligado, de tal suerte que puede significar una atribución o distribución de riesgos con directa incidencia en la responsabilidad en caso de incumplimiento, lo que obviamente no puede ocurrir en los daños ocasionados sin mediar una relación contractual u obligacional. En tal sentido DIEZ-PICAZO refiere: "El contrato, además de ser una reglamentación de intereses que las partes efectúan, puede contener no sólo reglas sobre la diligencia a prestar (...), sino lo que es más importante, especial distribución de los riesgos y especial distribución de la responsabilidad"<sup>113</sup>. Si este criterio es aplicado a la responsabilidad contractual mas no a la extracontractual, resulta evidente que la diferenciación tiene algún sentido.

Claro que todo ello no obsta para pensar en un acercamiento de ambos tipos de responsabilidad, tal como refiere IZQUIERDO TOLSADA esgrimiendo argumentos de orden práctico, de orden sistemático y de justicia material<sup>114</sup>. O en todo caso asumir un criterio sosteniendo la unidad de la responsabilidad civil con dos sub tipos al interior de la misma, los cuales presentan ciertas particularidades más de orden práctico y legislativo que doctrinario. Con un criterio como este último se superaría la discusión, aún existente, respecto a si las normas generales de las obligaciones resultan aplicables a ambos tipos de responsabilidad o se circunscriben a la responsabilidad contractual<sup>115</sup>. Esto en nuestro ordenamiento jurídico (Código civil), puede quedar más claro en la medida en que la mayoría de las reglas relativas a la

---

<sup>112</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ. Op. Cit., p. 23.

<sup>113</sup> DIEZ PICAZO. Op. Cit. p. 264.

<sup>114</sup> IZQUIERDO TOLSADA. Op. Cit. p. 21.

<sup>115</sup> DIEZ PICAZO. Ob. Cit. p. 263.

responsabilidad obligacional están desarrolladas como parte general respecto a las fuentes de las obligaciones entre las cuales se desarrollan los contratos, la responsabilidad extracontractual y otras fuentes como gestión de negocios, enriquecimiento sin causa y la promesa unilateral; de donde se evidencia que las normas de las obligaciones resultan aplicables a ambos tipos o subtipos de responsabilidad (contractual y extracontractual). De este modo coincidimos con las conclusiones a las que arriba GALDOS GAMERO en el sentido de que "... las normas contenidas en el libro de obligaciones son aplicables tanto para el incumplimiento de obligaciones contractuales como para aquellas nacidas extracontractualmente, siempre que tanto unas como otras no sean cumplidas voluntariamente"<sup>116</sup>.

Respecto a la unidad de la responsabilidad civil o a la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual, sin embargo, creemos que el debate seguirá todavía por largo tiempo. De momento, llevados por criterios prácticos, como ya se ha anotado, consideramos pertinente mantener tal diferenciación para efectos del presente trabajo.

### **6.1. Responsabilidad civil extracontractual**

Como ya se ha indicado, cuando la causa de los daños tenga su fundamentación en la infracción del genérico deber, erga omnes, de no causar daño a nadie e infringiendo este deber se haya invadido la esfera del interés ajeno, protegido por el Derecho, estamos ante la llamada responsabilidad extracontractual, o también como algunos denominan perjuicio extracontractual o aquiliano<sup>117</sup>. Lo cual debe quedar debidamente diferenciado de la atribución de responsabilidad contractual en el cual de lo que se trata es de averiguar en qué casos y bajo qué supuestos la falta de actuación de un programa de prestación o la ejecución de una prestación defectuosa le son imputables al deudor<sup>118</sup>; o como refiere DE LOS MOZOS: "... el concepto original de la responsabilidad contractual tiene como pura función la ejecución forzosa del contrato"<sup>119</sup>. En este sentido, en el presente acápite solo trataremos de la responsabilidad civil cuya fuente es el acto ilícito.

---

<sup>116</sup> GALDOS GAMERO. Op. Cit. p. 13.

<sup>117</sup> ESTEVILL, Luis Pascual. Op. Cit., p. 108.

<sup>118</sup> ROCA, Encarna. Derecho de Daños. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p.32.

<sup>119</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. Op. Cit., p.51.

### **6.1.2. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual**

El contenido de este tipo de responsabilidad está determinado por los elementos que la componen, esto es, del daño, la acción o hecho dañoso y su autor, la relación de causalidad entre el daño y el hecho, los factores de atribución de responsabilidad y obviamente de la reparación o resarcimiento del daño causado (que es el fundamento, finalidad y función de la responsabilidad civil).

Pues, aun cuando conforme a la moderna teoría de la responsabilidad, lo principal resulta ser la del daño y su reparación dejando en un segundo plano al autor o agente responsable, para el análisis de la responsabilidad no podemos obviar ninguno de los elementos de ésta. En este sentido, no podemos olvidar cronológicamente y desde una perspectiva material, lo primero que ocurre es el acto dañoso, constituido por la acción u omisión humana que al producir un cambio disvalioso (negativo) o no evitar dicho cambio, produce una lesión en los bienes o intereses jurídicos de terceros (el término jurídico hace referencia a la protección por parte del Derecho de estos intereses), lo que obliga a la reacción de su titular a través de las consecuentes acciones resarcitorias, sean éstas extrajudiciales o judiciales.

Este acto o hecho (dañoso) causa el daño, constituido propiamente por la lesión o menoscabo el interés o bien jurídico. Entre este daño y el hecho tiene que existir una relación de causalidad a través de la cual se acredita que el daño es consecuencia o efecto del hecho, o si se quiere que el hecho es causa del daño. Con ello ya se tiene determinado el daño y su causante, pero aún no se ha determinado al responsable, para que ello suceda tiene que existir una buena razón o fundamento a través de la cual, el peso del daño, que inicialmente la soporta la víctima, se traslade al causante; esta razón es el factor de atribución o de imputación, con lo cual ya se tiene un responsable u obligado jurídicamente a reparar el daño. El último elemento de la responsabilidad, es precisamente el objetivo o fin de ésta, es decir el resarcimiento o reparación.

En el presente trabajo, vamos a desarrollar con cierto detenimiento los principales elementos, respecto a los cuales existen algunas discrepancias o

falta de uniformidad en el trato tanto en la doctrina así como en la jurisprudencia.

#### 6.1.2.1. El daño o lesión del bien jurídico.

“El daño en general es todo detrimento o menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>120</sup>. “El daño es la aminoración o alteración de una situación favorable”<sup>121</sup>.

Estos conceptos tradicionales de los autores, aun cuando nos proporcionan los elementos esenciales del daño, actualmente ha sido superados, al haber evolucionado la percepción del mismo. Ya no se pone el acento directamente en el objeto de protección (bienes o derechos que pueden ser afectados por el hecho dañoso), sino en las necesidades humanas o intereses que vienen a ser satisfechas por los bienes o el ejercicio de los derechos. En este sentido, se conceptúa al daño como la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial de las personas respecto de determinados bienes, derechos o expectativas<sup>122</sup>. Pero no se trata de cualquier interés, sino de un interés jurídicamente protegido, que por tal condición adquieren la calidad de “bien jurídico”. En otras palabras, el daño constituye la afectación o lesión a intereses configurativos de bienes jurídicos; de esta lesión pueden derivar consecuencias de carácter patrimonial o extrapatrimonial (económico o extraeconómico)<sup>123</sup>.

Con lo expuesto, aún no se ha delimitado debidamente el concepto de daño que aquí nos interesa, el mismo que debe permitir explotar su rendimiento como institución jurídica. Pues, como ya lo hemos expresado, en el campo del Derecho, de nada sirve elaborar o explicar abstracciones teóricas si es que éstas no resultan útiles para

<sup>120</sup> LARENZ, Karl. Derecho Civil. Obligaciones. Madrid, Editorial Revista de derecho Privado, 1952, p. 193.

<sup>121</sup> CUPIS, Adriano. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Barcelona, Editorial Bosch, 1975, p. 83.

<sup>122</sup> MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá, Décima edición, Editorial Temis, 1998, p. 160.

<sup>123</sup> ALPA, Guido. Op. Cit. p. 517.

resolver los conflictos sociales que se presentan en las relaciones intersubjetivas de los sujetos. Es por ello que debemos manejar criterios más específicos que resulten oportunos y eficaces para lograr los fines de la responsabilidad civil o Derecho de daños. En este sentido nos parece precisa la acotación de Cesari SALVI, cuando afirma que podemos considerar como "daño propiamente dicho" a "aquel tipo de perjuicio que el ordenamiento reconoce como susceptible de reparación"<sup>124</sup>, criterio que es ratificado por BUERES cuando afirma; "La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe serle asignado"<sup>125</sup>; pues, como se sabe, el Derecho no otorga protección a través de la responsabilidad civil, en todos los casos de afectaciones a intereses de las personas sino únicamente en casos concretos.

En este orden de ideas, sostenemos que, el daño es la afectación o lesión a un interés o bien jurídico, la misma que significa un menoscabo al valor de uso o valor de cambio del bien, si se trata de un bien jurídico de naturaleza patrimonial, o a su naturaleza intrínseca si se trata de un bien jurídico extrapatrimonial, afectación que debe provenir de una acción u omisión del causante, al que se le imputa su producción y resultado, a través del correspondiente factor de atribución de responsabilidad, y susceptible de reparación conforme al Derecho. Aun cuando en contraposición a esta postura existen autores como ZAVALA DE GONZÁLEZ<sup>126</sup>, en la doctrina extranjera, y entre nosotros, ESPINOZA ESPINOZA, quien citando al autor italiano G.B. Ferri sostiene que "el término daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero "autónomos conceptualmente, en cuanto al contenido y a la naturaleza.

<sup>124</sup> ZANONI, Eduardo A. Op. Cit., p. 108.

<sup>125</sup> BUERES. Op. Cit. p. 294.

<sup>126</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ. Resarcimiento del Daño. Hammurabi, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, pp. 225 y 231.



Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y de un daño resarcible (daño emergente, lucro cesante y daño moral). Estas dos acepciones de daño pueden, como no coincidir<sup>127</sup>.

Esta última parte, en que se diferencia entre daño evento y daño resarcible, aparentemente coincide con el criterio que estamos manejando, por el que se considera al hecho dañoso distinto del daño propiamente dicho (resultado del hecho dañoso). Pues, en una determinación analítica de la estructura de la responsabilidad civil, se separa al todo en sus partes o elementos para conocerlas debidamente. Pero no por ello podemos asumir que para la definición del daño tenemos que separar un concepto de daño evento y otro de daño resarcible, pues como lo expresa claramente el propio ALPA: “El daño comprende el evento lesivo y sus consecuencias: desde el punto de vista civilista no es necesario distinguir el evento de las consecuencias; de por sí el evento podría parecer no relevante, pero las consecuencias patrimoniales graves; o bien, el evento podría parecer relevante pero no tener consecuencias”<sup>128</sup>.

En este sentido, lo que interesa del daño, es el daño en cuanto genera la obligación de reparar. Consecuentemente, el concepto de daño dejará de lado el detrimento o perjuicio causado mediando caso fortuito o fuerza mayor, por cuanto éstos no pueden ser imputados a agente alguno; o lo daños justificados, como los causados por el ejercicio regular de un derecho o en legítima defensa, y en algunos casos en estado de necesidad (no el estado de necesidad justificante o el estado de necesidad exculpante del Derecho Penal, sino el estado de necesidad previsto por el Derecho Civil); o con el consentimiento del agraviado. El efecto causado por el daño consiste en la reacción que el

---

<sup>127</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 157.

<sup>128</sup> ALPA. Op. Cit., p. 519.

Derecho facilita a la víctima para lograr la reparación del mismo. Es una reacción de derecho en sentido inverso al que opera el daño.

Tradicionalmente se ha diferenciado entre "daño" y "perjuicio" habiéndose considerado que ambos conceptos tienen contenido diverso a la vez que habrían tenido un origen distinto. Algunas legislaciones extranjeras como el Código Civil mexicano diferencian entre daños y perjuicios y al parecer también el Código Civil argentino consideran como daño al "daño emergente" y como perjuicio al "lucro cesante"<sup>129</sup>.

Existen también algunos criterios tradicionales que diferencian el daño del perjuicio, considerando al primero "como al menoscabo de un interés cualquiera y por el segundo, la lesión de un interés jurídicamente protegido (...) un derecho reconocido y protegido por las normas positivas"<sup>130</sup>. Nuestra legislación nacional, al parecer, siguiendo la tradición, habitualmente hace referencia a "daños y perjuicios" como si fueran cosas diferentes, tal como puede verse de los artículos 1317°, 1321°, 1331°, 1332°, 1512°, etc., del código Civil, y nuestra jurisprudencia ha repetido esta terminología; sin embargo, no existe criterio alguno que establezca las diferencias o que determine el concepto y delimitación de cada uno de ellos, por el contrario, se habla de "daños y perjuicios" para referirse a una sola idea, concepto o juicio, y si en algún momento se podía manejar el criterio del Código Civil mexicano e identificar al daño con el "daño emergente" y al perjuicio con el "lucro cesante" esto ya no es posible con el nuevo Código Civil, que considera al lucro cesante como un componente de los daños en general, el mismo que debe tenerse en cuenta al determinar el monto del resarcimiento o indemnización, eso es, se conceptualizó al lucro cesante como categoría específica a la cual no podemos aplicarle el concepto de perjuicio. Siendo así, y estando a los criterios esbozados por la doctrina y las legislaciones modernas debemos considerar al

---

<sup>129</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. *Indemnización de Daños y Perjuicios*. Lima, Editorial Cusco, 2003, p. 399.

<sup>130</sup> MARTÍNEZ RAVE. *Op. Cit.*, p.160.

“daño” y al “perjuicio” como conceptos sinónimos, tal como refieren OSTERLING PARODI y A.J. BUERES, etc.<sup>131</sup>.

Otro de los aspectos importantes del daño es la determinación de su entidad, es decir la naturaleza o tipo de daño así como su magnitud-su monto o quantum-.Asimismo, la determinación de la proporción o cantidad del daño que debe hacer frente el agente en calidad de prestación resarcitoria, y la proporción del daño que debe asumirla el propio sujeto pasivo o un tercero interviniente en la relación fáctica o procesal. La determinación del monto del daño es tan importante como la determinación del agente causante, porque de nada servirá haber determinado a la persona obligada con la prestación resarcitoria, si no se conoce o no se puede determinar la entidad o medida de dicha prestación.

En consecuencia, importa enormemente precisar los límites cuantitativos dentro de los cuales el daño asume sentido jurídico, ya que el contenido material del daño en general es igual al íntegro del monto que lo compone, pero jurídicamente el concepto de daño no se identifica con el concepto natural del mismo; ya que por exigencias de la equidad, del orden público y la pacífica convivencia, el propio ordenamiento jurídico establece límites en la mensura del daño jurídicamente relevante. La entidad-tipo de daño- o la dimensión resarcible del mismo se reduce no sólo según la eficiencia causal del hecho del agente sino también, en muchos casos, en base a su grado de culpabilidad-Artículos 1973 y 1983 del Código Civil-aun cuando esta última situación es discutible en la doctrina en atención al carácter reparador y no sancionador de la responsabilidad civil. No obstante que en los supuestos de daños morales o de daños inconmensurables, puede tener importancia tal situación. Siendo el caso que, si bien es cierto estas limitaciones atentarian contra el principio de la Reparación Integral de los daños, sostenido por la doctrina tradicional<sup>132</sup>, también es cierto que las modernas tendencias vienen limitando este principio,

---

<sup>131</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. Op. Cit., p. 293.

<sup>132</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Op. Cit., p. 55.

como lo indica De Ángel Yágüez al referir "...como hemos visto más arriba, no faltan textos legales de derecho comparado que se inclinan por una indemnización de equidad como criterio básico para reparar el daño; es decir, en abierta ruptura con la idea tradicional de la reparación íntegra"<sup>133</sup>. Y esta limitación de la dimensión de la reparación del daño no se da únicamente por razones de equidad y de grado de culpabilidad, sino que además puede limitarse por la exigua capacidad económica del causante o el beneficio que indirectamente hubiera podido obtener el propio sujeto pasivo con la actividad generadora del daño. En este sentido De Ángel refiere "... la capacidad económica del responsable del daño es también tomada en cuenta, aunque en raras ocasiones, para determinar el montante de la indemnización. Sobre todo si esa capacidad es reducida"<sup>134</sup> y agrega más adelante, englobando la intencionalidad y la capacidad económica del agente: "Cuando el perjuicio no ha sido causado intencionalmente ni como consecuencia de grave negligencia o imprudencia, y cuando su reparación llevaría al deudor a la ruina, el Juez puede reducir equitativamente los daños y perjuicios". A ello agregaríamos que también la capacidad económica del agente influye en la determinación del contenido indemnizatorio cuando el responsable ordinario no puede hacer frente al daño y ante ello se llama al causante directo, aun cuando éste fuera un sujeto privado de todo discernimiento (art. 1977º de nuestro C.C.).

#### **6.1.2.2. Daño resarcible.**

Es de precisar que para determinar el quantum específico del daño, se tendrá en cuenta los distintos tipos de daños indemnizables, pues lo que interesa para efectos jurídicos son los daños sujetos a resarcimiento; pues existen daños que a pesar de haberse acreditado su existencia, no son materia de reparación, como es el caso de los supuestos previstos por el artículo 1971º del Código Civil, es decir de los daños justificados, por haberse producido mediando el ejercicio

---

<sup>133</sup> *Ibíd.*, p. 109.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, p. 67.

regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, salvo algunas excepciones en este último caso. Asimismo tampoco generan reparación los daños producidos mediante una ruptura de la relación de causalidad, como los daños ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor, igualmente no son indemnizables los daños causados por la propia imprudencia de quien padece el daño<sup>135</sup>. O también los daños en los que a pesar de haberse acreditado la existencia del hecho dañoso, el daño, y la relación de causalidad, no se puede atribuir responsabilidad al supuesto autor, por ausencia del factor de atribución; tales son los casos de los daños en que se requiere probar la culpa o el dolo del agente, y éstos no se pueden acreditar o no han concurrido a su causa.

En este sentido son indemnizables los siguientes tipos de daños:

1. **Los daños ciertos**, esto es, los que se ha constatado su existencia; puede tratarse de daños presentes o futuros, pero necesariamente ciertos; no puede tratarse de un daño eventual o hipotético. Igualmente, el simple peligro de un daño no da lugar a indemnización, se precisa que el daño se materialice<sup>136</sup>; el simple peligro, si es fundado, puede viabilizar una acción cautelar o un remedio de otro tipo pero no generar reparación<sup>137</sup>.

Que el daño sea cierto, significa que se ha materializado; y si esto no hubiera sucedido, es decir, si el daño fuese sólo eventual, o solamente existe una posibilidad remota de la materialidad del mismo, no se podrá decir que estamos ante un daño jurídicamente relevante, pues no se trata de un daño cierto.

Sin embargo, para determinar la certeza del daño, existen dificultades, y no existe uniformidad de criterios en la doctrina al

---

<sup>135</sup> Artículo de 1972 del código civil.- Imprudencia del derecho a reparación.- En los casos del artículo 1970º, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

<sup>136</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit., p. 17.

<sup>137</sup> ACUÑA ANZORENA, Arturo. Estudios Sobre la Responsabilidad Civil. La Plata, Editora Platense, 1963, p.13.

respecto, tal como refiere CABALLERO OSPINA<sup>138</sup>; en el caso de daños actuales, necesariamente se tendrá que acreditar su materialidad mediante datos objetivos y mensurables, en cambio, en el caso de daños futuros, basta con que el Juez vea relativamente cierta la posibilidad de la producción del daño, para amparar su reparación; pero la forma como debemos concretar esta certeza queda al criterio del Juez o de quién evalúe el daño.

**2. Los daños directos e indirectos**, al respecto, no hay unanimidad para determinarlos, por cuanto no se ha precisado qué elementos deben considerarse para su apreciación; así, se considera que un daño es directo si el hecho causante del mismo lesiona directamente al objeto de interés. Es decir, en la lesión al bien jurídico intervinieron otros factores coadyuvantes, o si dentro de la cadena causal, el daño obedece a una concausa y no a una causa directa. En otro sentido, se dice que el daño indirecto es el que sufre persona distinta a la directamente afectada. Esta discusión sin embargo es irrelevante, ya que serán resarcibles tanto los daños directos así como los indirectos, siempre, claro está, que sean ciertos y no remotos o eventuales y concurren a su producción los demás elementos propios de la atribución de responsabilidad civil.

**3. Los daños inmediatos y mediatos.**- Los primeros resultan del curso natural y ordinario de las cosas, los segundos son los que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto<sup>139</sup>; es decir cuando más allá de la relación causal directa, se genera una cadena causal extendiendo el ámbito dentro del cual se produce el daño. Cuando la concurrencia de varios acontecimientos alarga la cadena causal produciendo una cadena de daños, surgen los llamados daños remotos, los mismos que no son resarcibles en nuestra legislación, conforme al artículo 1321° del Código Civil. Los daños mediatos serán indemnizables sólo excepcionalmente y cuando la

---

<sup>138</sup> CABELLO OSPINA, Jorge. Responsabilidad Civil. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1986, p. 245.

<sup>139</sup> BUSTAMANTE ALCINA, Jorge. Op. Cit., p. 151.

extensión de la cadena causal no se haya extendido tanto, de tal forma que no aparezca con claridad la relación de causalidad.

**4. Los daños actuales y futuros**, los primeros son los daños que ya se han producido, están presente en el momento en que se considera que ha nacido la obligación, se ha producido el hecho o se va a determinar el resarcimiento. Los segundos son los que aún no han llegado a producirse en dicho momento, pero se tiene la certeza que se producirán. Ambos son materia de resarcimiento, a condición de que sean ciertos y no meramente hipotéticos. El fundamento del resarcimiento de los daños futuros, radica en términos de CABALLERO OSPINA, en que cuando "...el Juez tiene la certeza de que alguien va sufrir un perjuicio, sería absurdo rechazar la acción que tendría que admitirla quizás al siguiente día"<sup>140</sup>. Ahora bien, en el caso de los daños futuros, el problema se ha trasladado a determinar cuál es el momento a partir del que se debe considerar que los daños son actuales o futuros; y se ha dicho que éste puede ser el momento en que se produce el hecho dañoso, o también el momento en que se denuncia o demanda el resarcimiento del daño. Sin embargo, lo más adecuado es considerar este momento, a partir del cual se determina la obligación resarcitoria, sea porque se ha realizado una liquidación del daño mediante una transacción o porque se ha determinado el daño mediante una sentencia judicial u otro tipo de fallo resolutive.

"En este tipo de daños, el juez se ve constreñido a hacer un doble juicio de imputación causal: uno, el que realizó normalmente con relación a la atribuibilidad del daño al responsable (...); otro, el juicio de probabilidad, también causal, porque se trata de establecer la certeza de un acontecimiento que aún no ha acontecido, en función al evento dañoso que es la causa"<sup>141</sup>. Algunos llaman también daño sucesivo al daño futuro, por considerar que es un perjuicio o menoscabo que no se agota en un momento, sino que se continúa reiterando y que, obviamente, tiene su origen en el hecho dañoso.

---

<sup>140</sup> CABALLERO OSPINA, Jorge. Op. Cit., p. 247.

<sup>141</sup> ZANONI, Eduardo. Op. Cit., p. 241.

**5. Los daños materiales e inmateriales**, los primeros son los daños patrimoniales, que pueden originarse directamente en forma de privación de un interés respecto de un bien jurídico patrimonial, o directamente a través de la destrucción, menoscabo o deterioro el propio objeto de protección (lo cual como se ha visto, implica la afectación al interés protegido), o una afectación indirecta, como el caso de pérdida de adquisiciones o ganancias (lucro cesante). Los segundos son ideales, es una afectación de carácter espiritual<sup>142</sup>; es el daño directo que alguien sufre en un bien de la vida, como salud, libertad, honor, etc.; que no pueden ser evaluados patrimonialmente. Pueden también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial. A este orden de daños inmateriales pertenecen, a nuestro criterio, el daño moral y la mayoría de los llamados daños a la persona.

Inicialmente, el concepto de daño moral abarca a todos los tipos de daños no apreciables en dinero, como el sufrimiento, la afectación, la pena o la afectación del sentimiento de la propia dignidad, así como los daños causados a los llamados derechos de la persona; luego se ha diseñado el llamado daño a la persona como una entidad distinta del daño moral. Al efecto señala FERNÁNDEZ SESSAREGO: "...el daño a la persona se refiere a todas aquellas múltiples situaciones en las cuales el sujeto, por sufrir una lesión en su integridad sicosomática, está normalmente sometido a consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona considerada en sí misma"<sup>143</sup>. Sin embargo, esta definición aún es difusa a pesar de que nuestro código Civil lo legisla en su artículo 1985; pues, no aparecen con un contenido específico propio; más bien, están integrados, en general, por situaciones de contenido no patrimonial y otras de contenido patrimonial<sup>144</sup>; en este caso, las primeras se pueden asimilar dentro del daño moral o extrapatrimonial y las segundas en el daño material o patrimonial; pues, éstas últimas a pesar de lesionar los derechos de la persona, tendrán una connotación económica en última instancia.

---

<sup>142</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ. Op. Cit., p. 232.

<sup>143</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El daño a la Persona. Lima, Editorial Cusco, 1985, p. 185.

<sup>144</sup> ALPA. Op. Cit., p. 518.

Talvez el nuevo nombre, daños a la persona, tenga como fin, más que establecer una nueva categoría de daños resarcibles, llevar un mensaje simbólico sobre los derechos de la persona humana plasmados en el propio código. Pero como refiere DE TRAZEGNIES GRANDA: "... se ha pretendido hablar del Código Civil como un código humanista, por considerar los daños a la persona con esta denominación; pero en realidad está en un distinción falaz, todo el derecho pretende crear mejores condiciones de vida para la persona; esto no se logra a través de ciertas instituciones, sino mediante un espíritu que penetra y anima la integridad del cuerpo legal, por consiguiente, aun sin aceptar los llamados daños a la persona por razones lógicas, se puede tener una visión humanista del derecho. El humanismo (o el personalismo), no consiste en repartir la palabra persona por todas las normas del Código, sino en construir un orden jurídico que permita una mejor calidad de vida"<sup>145</sup>.

Asimismo, también dentro de los llamados daños a la persona, se habla de daños biológicos, como por ejemplo aquellos que sufre el cónyuge, privado de la posibilidad de mantener normales relaciones sexuales con su consorte; a la vez que también se habla de daños éticos, daño a la vida, daño sexual o daño a la vida familiar; todos estos dentro del ámbito de los llamados daños subjetivos<sup>146</sup>.

Pese a lo anotado, lo importante para el tema que nos ocupa (independientemente de la denominación que dé a estos daños), es que ambos daños, materiales o inmateriales, patrimonial o extrapatrimoniales- personales o morales-, son resarcibles en todos los casos que se acredite su existencia; aunque para el caso de resarcimiento del daño moral, cuya prueba de su existencia resulta difícil, el juez determinará su entidad y magnitud, aplicando su prudente arbitrio orientado por la equidad, dado su carácter ideal y subjetivo; en este caso, su reparación, como se viene indicando, más

---

<sup>145</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit. p. 111.

<sup>146</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la Reparación del Daño Subjetivo. En revista Jurídica del Perú. Lima, Editorial Normas Legales, 1994, p. 21.

que un resarcimiento propiamente dicho, se asemeja a una satisfacción a favor del damnificado.

### 5.1. Daño moral.

Respecto al daño moral, denominado también como daño no patrimonial, si bien existen distintas definiciones, la doctrina en general coincide en que consiste en una lesión a derechos extrapatrimoniales, la cual se manifiesta en dolor tanto físico como síquico. Un ejemplo de esto es la definición dada por Zannoni, quien lo define como *"el menoscabo lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico"*.<sup>147</sup>

En el mismo sentido, Fernando Montero Piña señala que el daño moral: *"... supone un atentado contra un derecho extrapatrimonial, que afecta los sentimientos de un sujeto y se define como el menoscabo a la personalidad física o moral del hombre o ambas a la vez, que le afectan el alma"*.<sup>148</sup>

Otra característica esencial para establecer si estamos frente a un daño moral o no es el poder determinar si la lesión o menoscabo producido puede ser económicamente valorable, pues al afectarse intereses extrapatrimoniales y no objetos materiales, resulta difícil poder hacer una valoración pecuniaria. Asimismo, el daño moral se caracteriza por producir en la víctima dolor emocional, es decir, todas aquellas aflicciones que pueden producir sufrimiento en las personas.

Sin embargo, debe aclararse que no todo sufrimiento o padecimiento moral es indemnizable, sino que su gravedad debe ser tal que lo amerite, dado que es ilógico reparar toda

---

<sup>147</sup> ZANNONI, EDUARDO A. Op. Cit., p. 149.

<sup>148</sup> MONTERO PIÑA, FERNANDO. El Daño Moral. San José, 2da edición, Impresión Gráfica del Este, 2002, p. 18.

molestia, aflicción, inquietud o perturbación del ánimo, pues como indica Montero Piña, la reparación del daño moral no puede ser fuente de un enriquecimiento injusto.<sup>149</sup>

#### **5.1.1. Reparación del daño moral. Cuantía y naturaleza jurídica.**

Si bien parece chocante el resarcimiento en dinero cuando se trata de reparar un dolor o sentimiento tan íntimo, es la única que aparece como viable. Siendo imposible volver a la época de la concepción y reparar en especie el daño provocado, la indemnización tomará el carácter de compensatoria. No corresponde fijar una tarifa única o tener en cuenta para su determinación el tiempo transcurrido entre la concepción y el reconocimiento, evitándose de esta manera, una especulación en cuanto al momento de promover la acción. Por estas razones, la cuantía quedará sujeta a la discrecionalidad del juez, quién deberá encontrar un punto medio que impida un enriquecimiento ilícito o una reparación simbólica a favor del demandado. Si bien el daño moral es el mismo para el hijo, cualquiera sea su posición social, el juez debe ponderar las situaciones particulares del caso sujeto a su decisión. Vinculado con la determinación del quantum, se plantea la cuestión referida a la naturaleza jurídica de la indemnización. Si estamos frente a una sanción o a una reparación. Nos inclinamos por su función reparadora.

El concepto de reparación abarca el reintegro monetario equivalente a los valores patrimoniales del daño emergente y lucro cesante, así como el comprendido en el rubro daño moral. Si bien en lo

---

<sup>149</sup> MONTERO PIÑA, FERNANDO. Op. Cit., p. 35.

patrimonial se pretenderá la equivalencia entre el resarcimiento y el daño efectivamente sufrido, en el ámbito del daño moral, se buscará una cifra que represente el sufrimiento padecido por el dañado<sup>150</sup>.

### 5.1.2. La existencia y cuantía del “daño moral”.

Con respecto a la existencia cierta de daño moral o extrapatrimonial ocasionado por la falta de reconocimiento voluntario, tiene dicho la jurisprudencia que “la oposición de reconocimiento espontáneo de un hijo, configura un hecho ilícito violatorio de los arts. 1321, 1322, del Código Civil, y de los arts. 17, incisos 4 y 5, 19 y 32, inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica. Dicha falta, por la consiguiente omisión del rol paterno, provoca en el menor un padecimiento o mortificación propio de la ausencia de esta figura en las distintas manifestaciones de la vida social, y crea un derecho a un resarcimiento por el agravio moral”. En cuanto a la prueba de la existencia de este agravio moral, unánime y acertadamente se sostiene que “surgirá generalmente *in re ipsa*, pues el menor sin nombre sufre una verdadera lesión en sus afecciones legítimas”.

En el fallo del Dr. Arazí, que sentó precedente en el tema, se lee que: “debe tenerse por acreditado el perjuicio por la sola comisión del hecho antijurídico, desde que se trata de una prueba *in re ipsa* que surge de los hechos mismos. Si así no fuera, no haría falta mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio

---

<sup>150</sup> KRASNOW, Adriana Noemí. Pruebas Biológicas y filiación. Rosario, UNR Editora, 1996, p.89.

y notorio: el transitar por la vida sin más apellido que el materno, sin poder alegar la paternidad, causa en cualquier persona un daño psíquico marcado. En este cuadrante cabe señalar que no obstante resulta indiferente el grado de culpabilidad que cabe al demandado, tiene importancia ponderar que él es el progenitor de la actora, factor que tiene influencia sobre la intensidad objetiva del agravio causado a quien resulta víctima del mismo". Que el daño moral se defina por la actividad dañosa y no por un resultado distinto, implica reconocer, con prestancia propia, la res ipsa loquitur: todo ataque a la persona le infiere a ella un daño por el ataque mismo. Porque el agravio no se predica en razón de frustración de medios, sino por el menoscabo a la persona que es, como tal, un fin en sí misma. También la jurisprudencia se ha manifestado unánimemente en este sentido. Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 1994, imputó responsabilidad por el sólo hecho antijurídico que implica la falta de reconocimiento, y mandó resarcir el daño moral con la suma de pesos cincuenta y cinco mil (\$ 55.000). Para ello se valoró: a) el hecho de transitar por la vida sin el apellido paterno; b) el hecho de no poder alegar la paternidad; c) el hecho de no haber sido considerado en el ámbito de las relaciones humanas como hija de su progenitor. En otro fallo de igual importancia se agregó que la falta de reconocimiento paterno "ha de provocar un agravio moral futuro y cierto porque la historiografía de la vida del niño no reconocido voluntariamente va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente". No obstante que la existencia del daño moral es indiscutible, a los fines de acreditar o medir la cuantía del resarcimiento será de importancia la producción de prueba enderezada a su demostración o

tasación, en donde resultará de gran ayuda, por ejemplo, la pericia psicológica.

Otro aspecto que resultará de importancia será el tiempo que haya transcurrido sin que el damnificado haya podido obtener el reconocimiento de su filiación. Sin perjuicio de que lo que daña no sólo es la falta de reconocimiento y emplazamiento en el estado de familia real, sino el hecho de saberse que no se es un "ser" cuyo reconocimiento se haya pretendido en forma voluntaria, el tiempo transcurrido permite suponer, salvo prueba en contrario, que el daño a intereses extrapatrimoniales es mayor.

### **5.1.3. Daño moral en el derecho comparado.**

La evolución de la responsabilidad civil en Perú en el presente siglo tiene que reconocer y elevar al rango de una de sus premisas básica la procedencia de una reparación por daño moral, lo que va a constituir ciertamente, una admirable conquista en la batalla por mejorar la tutela personal. Sin embargo, subsisten en nuestra teoría del daño moral, una serie de vacíos y de problemas cuya solución aun no es nítida. Entre ellos, nos interesas abordar, en esta oportunidad, los producidos por la ausencia de una noción exacta de esta clase de perjuicio y el de la extensión de la responsabilidad por daño moral.

La precisión del exacto contenido del daño moral es una cuestión ciertamente pendiente en nuestra jurisprudencia y doctrina, aunque en ello no hace sino incorporarse al estado general de este problema en el Derecho comparado. En efecto, aun después de transcurridos varios años desde que el principio de

reparación de este daño –al menos en el ámbito contractual- ha sido acogido, no es posible encontrar consenso en este punto. Bien podríamos incluirle, en este sentido, en esas “ideas esenciales que se resisten a la definición” que destacaba para todo orden de investigación. Y es que, ciertamente, la precisión de una noción de daño moral encuentra su dificultad en la confluencia de una serie de factores que la agravan de manera importante. Así, por lo pronto, no existe ni siquiera unanimidad terminológica para referirse a esta clase de perjuicio. La denominación más usual en la mayor parte de los sistemas tanto en el romano, Germánicos (España, Chile, Perú, Argentina, México), entre otros es la de daño moral. Siguiendo la nomenclatura francesa que opone al daño material el moral. Otros, como en Italia, le denominan daño no patrimonial, daño inmaterial en Alemania o aun daño no pecuniario (pecuniary loss) como acontece en el Common Law. Y si se trata del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual, los adjetivos empleados son también variados: daño moral contractual, daño moral derivado de incumplimiento, daño moral derivado de contrato.

Esta diversidad terminológica no es meramente anecdótica sino tremendamente reveladora de la complejidad que presenta esta noción en cuanto supone, por esencia confrontarla con otra categoría, en principio antagónica, como es la de daños patrimoniales materiales. Esta distinción teóricamente nítida es en la práctica, bastante más oscura desde que los alcances económicos del perjuicio alcanzan mejor el efecto del daño que con el daño, mismo. Así, la pérdida de un bien o derecho no patrimonial puede producir consecuencias

económicas importantes, como lo pone de manifiesto el ejemplo doctrinario clásico de la pérdida de un miembro importante de la víctima cuyas secuelas en su capacidad laboral y posibilidades de remuneración son más que evidentes. Y lo mismo puede demostrarse en el sentido inverso, esto es que los daños materiales pueden perfectamente causar pesar o aflicción como la pérdida de algún bien que trae recuerdos de familia o vivir traumatado y humillado al no contar con el reconocimiento del padre. Por otra parte, conviene tener presente que la precisión conceptual tiene una trascendencia no solo didáctica sino práctica, aunque con distinta intensidad en cada sistema jurídico. En efecto, resulta imprescindible en aquellos derechos que, pese a admitir ampliamente la reparación del daño patrimonial, restringen la indemnización del daño moral como sucede en Italia o en Alemania o, incluso la rechazan en ciertos casos, como sucede entre nosotros con la indemnización por causa de utilidad pública es decir solo comprende la reparación del daño extrapatrimonial efectivamente causado. En cambio, deviene menos urgente en aquellos derechos que admiten una concepción muy amplia y genérica del daño como en España, Francia o, en términos generales, en Chile. Sin embargo, aun en estos últimos tiene importancia delimitar esta noción si tenemos presente que las modalidades de apreciación de lo no patrimonial no podrán ser nunca las mismas que de lo patrimonial, por naturaleza susceptible de mayor precisión.

No es de extrañar entonces que, por todos los motivos expuestos, la variedad de concepciones doctrinales y jurisprudenciales propuestas sea absoluta, pues van desde quienes les niegan toda autonomía al

daño moral incluyéndole en otras categorías de perjuicios hasta quienes los configuran como una categoría de perjuicios muy amplia y que, por ello, comprende a su vez varias subespecies. Con todo, alguna evolución pueden percibirse en la materia, aunque con la prevención de que ella es perceptible de manera nítida, principalmente en sistemas derivados del Código Civil francés. Así, resulta inadmisibles en el presente toda concepción que circunscriba el daño moral a las consecuencias no económicas del perjuicio patrimonial desde que, como se ha advertido, la tutela de los bienes e intereses extrapatrimoniales se justifica por sí misma. Este es precisamente uno de los grandes progresos de la evolución habida en general en materia de responsabilidad civil.

Tampoco prestan ninguna utilidad todas aquellas nociones que, afirmando la autonomía del daño moral, le definen de forma negativa, por contraposición al daño patrimonial, esto es, en síntesis, aquellas que entienden que la clase de perjuicio en estudio está constituida por todo lo que no es patrimonial.

Absolutamente superada está también aquella tesis que identifica daño moral con el *pretium doloris* o *pecunia doloris*, esto es, según las palabras de Scognamiglio, con "los dolores, las turbaciones psíquicas que derivan del quebranto padecido". Curiosamente, esta es la concepción mayoritariamente acuñada en nuestra jurisprudencia, como puede percibirse en las siguientes definiciones dadas por nuestros tribunales: "daño moral es el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más

cercanos” o daño moral consiste en el dolor psíquico, y aun físico –en sufrimientos, en general- que se experimenta a raíz de un suceso determinado. En efecto, sin perjuicio de reconocer la utilidad que esta noción ha representado para la teoría del daño moral, puesto que ciertamente es la sensibilidad ante el dolor ajeno que ella pone de manifiesto la que ha presionado, al menos desde un punto de vista psicológico, en favor de la concesión de algún tipo de reparación ante tal tipo de perjuicios. No obstante, ella se revela como excesivamente estricta en cuanto no permite explicar las indemnizaciones que, en concepto de perjuicio moral, se conceden ante la violación de bienes tan importantes como el honor o la intimidad personal o familiar o, más en general, de los atributos de la personalidad. Allí, en verdad, la reparación se concede porque significan un quebranto de los atributos de la personalidad que el Derecho a tutela, con independencia de que produzcan o no una repercusión psíquica en el perjudicado. En otras palabras, el solo menoscabo efectivamente acreditado de esos bienes genera el derecho a obtener una reparación por parte del perjudicado, al margen de sus consecuencias espirituales.

Frente a los efectos que presenta esta concepción – la que dio inicio a la evolución- se han propuesto una serie de otros criterios que simplemente enumeramos, por orden cronológico de aparición, pues su análisis en particular excede los límites de un trabajo como este: daño moral como menoscabo de un derecho extrapatrimonial, como menoscabo a los bienes de la personalidad, como “modificación discaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, provocada por la lesión a un

interés distinto de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial” ( que constituye la concepción más desarrollada en la civilística argentina pero que, como puede percibirse, es extremadamente confusa), como una especie de daño patrimonial, etc. Y no continuamos con la enumeración, pues podríamos seguir casi indefinidamente, en efecto, frente a cada nueva tesis surge la crítica y, con ello, la necesidad de proponer una nueva, con la que la creación en esta materia es infinita. En verdad, nuestra opinión es que ante la variedad de criterios propuestos para precisar el contenido del perjuicio, en principio opuesto al daño patrimonial, ante la diversidad de nomenclaturas empleadas para referirse a él y, después de revisados los intentos más importantes de definición propuestos desde su creación, varias constataciones resultan ostensibles. En cuanto a la nomenclatura, aunque el rigor teórico pareciera aconsejar el abandono del adjetivo “moral”, inductivo a entender tal perjuicio como de orden espiritual, su empleo habitual en las sentencias, en los comentarios doctrinales o en las propias leyes, recomienda su mantenimiento, tanto denominación universalmente conocida, a condición de que se emplee en un sentido amplio; equivalente al daño extrapatrimonial o no patrimonial.

En cuanto a su contenido, por otra parte, los esfuerzos por dar una definición absoluta del daño moral se han revelado infructuosos y aun podríamos decir que son inútiles. Por un lado, porque la tendencia más acusada del Derecho contemporáneo es la de reparar todo dolor, incluso hasta la exageración, de suerte que una delimitación estricta resulta difícil. Por otro, porque en verdad se trata de una noción esencialmente relativa,

en estricta dependencia con el nivel de tutela jurídica que se estima indispensable conceder a la persona. Bien puede resumirse esta idea en la premisa de que a mayor conciencia social de esa protección, mayor número de hipótesis serán consideradas como de daño moral. Por lo mismo, su definición ha de ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica- como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, esto es como todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente.

## **6. Los daños previstos y no previstos.**

Daños previstos son los que el agente ha considerado posible su producción al momento de ejecutar el acto dañoso, y consecuentemente los ha tenido en cuenta como una consecuencia de su conducta. No previstos son los que el agente no los ha tenido en cuenta en dicho momento.

Los daños no previstos, a la vez pueden subdividirse en daños previsibles, o sea aquellos que el agente, actuando con la debida prudencia o diligencia del caso, puede prever la posibilidad de su producción; e imprevisibles, es decir aquellos que no podían preverse aun cuando el agente hubiera actuado observando la prudencia o diligencia debida.

Para efectos de resarcimiento, los daños previstos no presentan mayores problemas, y de producirse deberán ser resarcidos. La dificultad se presenta en los daños no previstos, ya que, si a pesar de no haber sido previstos, se pudieron prever, si se producen, son resarcibles<sup>151</sup>; pero en el caso de los daños imprevisibles, es decir

---

<sup>151</sup> ALPA, Guido. Op. Cit., p. 521.

los que no se pueden prever, sólo serán indemnizables si el perjuicio se hubiese producido como resultado de una conducta dolosa o de culpa inexcusable, resultando no resarcibles los daños imprevisibles provenientes de una actuación con culpa leve; ello de conformidad con el artículo 1321º del Código Civil. Este artículo también es de aplicación a la responsabilidad extracontractual ya que se trata de una norma general previsto para todas las fuentes de obligaciones. Este criterio resulta de la aplicación para el caso de supuestos dolosos, o casos de culpa grave o inexcusable, se estará al principio de reparación integral de los daños.

#### **7. El daño emergente y lucro cesante.**

El resarcimiento comprende tanto las pérdidas sufridas por el agraviado (daño emergente), así como la falta de ganancia (lucro cesante), en cuanto sean consecuencias inmediata y directa del hecho dañoso. "Si el objeto del daño es un interés actual, o sea el interés relativo de un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene por daño emergente. Si el objeto del daño es un interés futuro, es decir el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene por lucro cesante"<sup>152</sup>.

El hecho que el ordenamiento jurídico sujete resarcimiento al lucro cesante, radica en que si bien constituye el sacrificio de una utilidad, sin embargo tan pronto como pueda acreditarse que tal utilidad habría tenido existencia es suficiente para dar lugar a la reacción jurídica. La determinación de la existencia y magnitud del lucro cesante, quedará sin embargo, al criterio y razonabilidad del Juez<sup>153</sup>. Estos beneficios dejados de obtener tendrán que ser legales, es decir conforme a derecho, ya que jurídicamente no se puede amparar ganancias ilícitas o indebidas.

---

<sup>152</sup> DE CUPIS, Adriano. Op. Cit., p. 311.

<sup>153</sup> *Ibid.* p. 215.

## **8. La chance.**

El daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa del incremento patrimonial, sea a través del aumento de los activos de la disminución de los pasivos; o lo que la doctrina francesa llama la "desaparición de la probabilidad de un suceso favorable "o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia<sup>154</sup>. Es la desaparición de un evento favorable que por la actuación antijurídica de un tercero que interviene en el curso normal de los acontecimientos ya nunca se podrá saber, con certeza absoluta, si el afectado hubiese obtenido o no el beneficio (ventaja patrimonial); la chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro<sup>155</sup>. La chance tiene que constituir un interés legítimo, protegido por la ley, de tal modo que si la posibilidad se frustra se afecta la esperanza legítima del afectado.

Sin embargo, para el resarcimiento por daños causados por pérdida de chance de una ganancia, ésta debe superar el carácter simplemente eventual o hipotético o de conjetura, así como tampoco es suficiente la simple mención de esperanzas cuya valoración resulta imposible, pues no se indemniza la cuota de la ganancia frustrada, sino sólo la chance de obtenerla<sup>156</sup>.

### **6.1.2.3. Daños no resarcibles.**

Hay un grupo de daños que por distintas razones no son resarcibles o indemnizables, tales son los casos de daños en que no se llega a determinar la relación de causalidad entre el hecho y el daño; los casos de fractura de la relación causal<sup>157</sup>; los daños que no se pueden imputar jurídicamente al supuesto autor, esto es, cuando no existe un factor de atribución de responsabilidad en virtud al cual se pueda fundamentar la responsabilidad del agente o autor. Asimismo,

---

<sup>154</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A. Responsabilidad Civil de los Profesionales. Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 465.

<sup>155</sup> *Ibíd.*, p. 466.

<sup>156</sup> *Ibíd.*

<sup>157</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA. Op. Cit. p. 308.

hay un grupo de daños, que aun cuando se determina la relación de causalidad, y el correspondiente factor de atribución de responsabilidad, por la forma y circunstancias como se han producido, el propio ordenamiento jurídico niega el resarcimiento, y por el contrario los considera como daños permitidos o autorizados; a este tipo de daños está referido el artículo 1971º del Código Civil: comprendiendo dentro de sus alcances a los daños ocasionados en ejercicio regular de un derecho, en legítima defensa de la propia persona o de otra (en salvaguarda de un bien propio o ajeno), y en caso de remoción de un peligro inminente o en estado de necesidad.

Es decir el ordenamiento jurídico niega la antijuricidad de estos daños. Éstos en realidad no tienen relevancia jurídica en cuanto no generan la obligación resarcitoria a cargo del causante; sin embargo, es necesario conocerlos debidamente, por cuanto sólo previa la constatación de que se trata de este tipo de daños, se podrá eximir del resarcimiento al causante. En este sentido, y con esta finalidad vamos a referirnos brevemente a cada uno de éstos.

#### **6.1.2.4. La relación de causalidad.**

Producido el daño, o constatada su materialidad, para que el mismo tenga efecto jurídico, es necesario determinar si existe un causante a quien se pueda atribuir posteriormente la calidad de autor. Causante, es el sujeto que realizó una acción u omitió actuar cuando estaba obligado y con ello finalmente produjo o desencadenó el resultado dañoso (daños). Este resultado configura un cambio en el mundo exterior o la falta del cambio que era esperado y mandado por el Derecho; esto es, constituyen la afectación del bien jurídico.

La conducta o acción causante del resultado se vinculan entre sí a través de una relación o nexo causal en virtud del cual se habla de relación de causalidad en el Derecho de daños o responsabilidad civil. Es en razón a esta relación de causalidad que se dice que el resultado adquiere la calidad de efecto de la acción, a la vez que la acción

adquiere la calidad de causa de éste<sup>158</sup>. Mediante esta relación de causalidad se discrimina a las acciones o personas que a pesar de haber tenido alguna participación en la producción del daño, no resultan vinculadas jurídicamente, precisamente porque no existe una relación de causalidad entre su acción específica y el resultado dañoso<sup>159</sup>.

La relación de causalidad ha experimentado un proceso de evolución considerable, inicialmente estuvo relacionada estrechamente con el concepto naturalista de la acción que imperaba en las postrimetrías del siglo XIX. En la actualidad ha experimentado una orientación normativa, a partir de la cual sus conceptos contenidos y estructura, se determinan en función de criterios jurídicos. "Por tanto, el análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley"<sup>160</sup>. Es en este sentido que en ciertos casos la relación de causalidad, para el derecho, no está determinada por la causalidad natural, sino que el ordenamiento jurídico establece qué hechos o situaciones deben tenerse como causas de un resultado jurídicamente relevante. Incluso en ciertos casos es la propia ley la que determina quiénes son los responsables, aun cuando no sean causantes; tal es el caso de los responsables vicarios como los empleadores o los representantes de incapaces<sup>161</sup>.

Pese a que la concepción naturalística de la causalidad fue superada, sin embargo, no se superaron los problemas que la causalidad acarrea, ya que si bien es cierto que en la mayoría de los casos se puede establecer fácilmente, entre otros, esto no sucede así, ya que hay hechos que concurren a la producción del resultado en concurso con otras causas y se presentan dificultades para determinar a qué acción o acciones se le puede o debe atribuir el resultado. Pues como refiere BUSTAMANTE ALCINA "... cuando hablamos de un hecho aludimos a una modificación del mundo exterior que sucede en

---

<sup>158</sup> ADRIANO DE CUPIS. Op. Cit., p. 107.

<sup>159</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit., p. 281 y 282.

<sup>160</sup> WESSELS, Johannes. Op. Cit. p. 52.

<sup>161</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit., p. 282.

un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos causantes. Sin embargo, el hecho no es sino un eslabón de una cadena causal en la que suceden inexorablemente hechos que son antecedentes de aquél y hechos que son consecuencia<sup>162</sup>.

Ante la dificultad para determinar la relación de causalidad entre la acción y el resultado, la doctrina ha elaborado una serie de teorías orientadas a establecer cómo es que ésta debe determinarse. Entre éstas, la teoría de la equivalencia de condiciones o de la *conditio sine qua non*, asume que todas las condiciones negativas y positivas concurrirían necesariamente a producir el resultado, de manera tal que suprimiendo una de ellas, el resultado no se produce; consecuentemente, todas las condiciones concurrentes debían admitirse como causas del resultado<sup>163</sup>. Conforme a esta teoría se extendió enormemente las causas de un resultado con lo que finalmente no se resolvió el problema por cuanto considera igualmente responsables a todos los que de una u otra manera intervinieron en la cadena causal, por remotas que hubiesen sido las posibilidades de contribuir a la producción del resultado (daño) o de causar éste con su sola intervención. Asimismo, resultaba completamente injusto que quien hubiera participado mínimamente en los acontecimientos, fuese responsable en la misma medida que el que con su accionar hubieran producido por sí solo el resultado. Ante el universo de causas que generaba esta teoría, para cualquier tipo de daños, fue considerada inaceptable.

#### **6.1.2.5. Teoría de la causa próxima.**

Para esta teoría sólo será causa, aquella que es próxima en el tiempo a la producción del resultado, las otras solamente serán condiciones. Toma en cuenta sólo las causas inmediatas y directas. Esta teoría tuvo bastante influencia en nuestro Derecho Civil, incluso en el Código Civil de 1984 aparece consagrada en su artículo 1321º,

---

<sup>162</sup> BUSTAMANTE ALCINA, Jorge. Op. Cit., p. 22.

<sup>163</sup> *Ibid.* p. 222.

donde se indica que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. En este sentido se asume que en nuestro ordenamiento jurídico se ha plasmado la teoría de la causa próxima para el caso de responsabilidad contractual; aun cuando para la responsabilidad extracontractual se ha consagrado la teoría de la causa adecuada. Se critica duramente a esta teoría porque tiende una cortina de humo que hace imposible determinar la responsabilidad de quienes se encuentran detrás del agente inmediato del daño, por lo que en el tema que nos ocupa no tiene aplicación.

#### **6.1.2.6. Teoría de la causa adecuada o de la adecuación.**

Conforme a esta teoría "causa es, en sentido jurídico, únicamente la condición típicamente adecuada"<sup>164</sup>. Esta teoría, desarrollada en 1888 no por un jurista sino por un filósofo, J. Von Kries, parte de una observación empírica; se trata de saber qué causas normalmente producen un resultado. De esta manera, frente a un daño se trata de saber cuál es la causa, dentro de la universalidad de causas que se encarna cada situación, que conduce usualmente el resultado dañino (...). Por consiguiente, no todas las causas que necesariamente conducen a la producción de un daño pueden ser consideradas como causas propiamente dichas de tal daño: no todas las causas obligan a su autor a participar como responsable en la reparación del daño. Desde el punto de vista de la responsabilidad, se requiere que la causa sea adecuada, es decir que sea idónea"<sup>165</sup>.

Que una causa sea idónea o típicamente adecuada, conforme a esta teoría, significa que esa causa normalmente será capaz de producir el resultado; produce normalmente el resultado cuando conforme a la experiencia cotidiana o el curso normal y ordinario de las cosas, a una acción determinada corresponde determinado resultado; a determinada causa corresponde determinado efecto. Si concurrieran

---

<sup>164</sup> WESSELS, Johannes. Op. Cit. p. 57.

<sup>165</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit. pp. 288 y 289.

diversas causas a la producción del resultado, la causa jurídicamente relevante será la más adecuada o más idónea, las demás se consideran únicamente como condiciones<sup>166</sup> o factores concurrentes pero no causas propiamente dichas.

Modernamente se dice que "...hay causalidad adecuada entre un acto o actividad y un daño. Cuando concluimos sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá"<sup>167</sup>.

Esta teoría de la causa adecuada- esencialmente admite dos variantes, una subjetiva y objetiva. La primera toma en consideración lo que el propio sujeto o agente de la acción causante del daño, puede prever como resultado de su acción es decir toma en cuenta la idoneidad conforme al juicio o criterio del propio agente del daño. En cambio la segunda-variante objetiva-toma en consideración lo que un hombre razonable- o el buen padre de familia de derecho romano- puede juzgar en abstracto como resultado de una acción o efecto de una causa. Para esta última no interesa que el agente de la conducta considere o no que su acción puede ocasionar determinado resultado, o que haya o no previsto la posible producción del mismo, lo único que interesa es la referencia al prototipo de "hombre razonable". Si para este "hombre razonable", esa causa es idónea para producir determinado resultado, se tendrá como su causante al agente de la acción en referencia. En este orden de ideas, refiere BUSTAMANTE ALCINA que "...para entender cuál es la causa del daño, es necesario formar un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular y normalmente el resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función a lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto"<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit., p. 116.

<sup>167</sup> CALABRESI, en cita de ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit., p. 122.

<sup>168</sup> BUSTAMANTE ALCINA, Jorge. Op. Cit., p. 224.

Esta teoría de la causa adecuada es la seguida en los distintos ordenamientos civiles comparados, y en nuestro Código Civil específicamente se consagra en el artículo 1985<sup>o</sup>, tal como refiere De Trazegnies Granda<sup>169</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como refiere este autor, que "...esa teoría-como toda teoría-es un modelo conceptual dinámico, que tiende a irse transformando con el transcurso del tiempo en razón a las nuevas situaciones a las que se enfrenta o las nuevas reflexiones que incide sobre ella. Por consiguiente, aun cuando el Código se ha colocado legislativamente dentro de una determinada tendencia doctrinaria ello no clausura herméticamente la discusión ni impide que se produzca una evolución conceptual movida por la doctrina o la jurisprudencia"<sup>170</sup>.

## **SECCIÓN II: Responsabilidad y daños en el derecho de familia**

### **1.- Generalidades.**

Los principios generales que regulan la responsabilidad civil extienden su aplicación a distintas ramas del derecho, dentro de las cuales se encuentra el Derecho de Familia. En el tema que nos convoca, incide la evolución experimentada en el mundo jurídico hacia la consideración de la persona como centro de protección, quedando atrás una concepción del Derecho de contenido patrimonial y carente de valores humanos. Este nuevo enfoque permite un desarrollo del derecho en vinculación directa con la persona, surgiendo la necesidad de destinar los esfuerzos al estudio de variados aspectos íntimamente vinculados, como el daño a la persona.

Para Fernández Sessarego, el daño a la persona "... en su más honda acepción, es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir se trata de un proyecto de tal magnitud, que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación"<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit. p. 293.

<sup>170</sup> *Ibid.* p. 293.

<sup>171</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El daño la persona en el Código Civil. Homenaje a José León Barandarián, Cuzco, Editores Perú, 1985, p. 325.

Coincidimos con *Mosset Iturraspe* cuando señala que el daño a la persona es un reconocimiento del valor humanidad, en el sentido de entender al hombre como un fin y no como un medio. En consecuencia, dentro del mismo queda comprendido todo detrimento: físico, psíquico, somático y estético; individual, familiar y social; relativos a la vida de relación, de afectos, de intimidad, de proyección<sup>172</sup>. Nuestro objetivo en el presente trabajo se dirige a determinar los daños producidos en la persona del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente, en particular el que recae sobre el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (en especial la identidad filiatorio), a sus caracteres físicos y a su realidad existencial durante el tiempo transcurrido entre la procreación y el emplazamiento producto del pronunciamiento judicial en un juicio de reclamación de filiación extramatrimonial.

## **2.- Caracteres de la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia.**

- a.- La responsabilidad civil derivada de relaciones familiares se ubica dentro de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, puesto que se origina por el incumplimiento de un deber legal (*alterum non laedere*) y no en virtud de un contrato.
- b.- El factor de atribución es la culpa o dolo.
- c.- La vulneración de los deberes y derechos de naturaleza familiar dan origen a daños patrimoniales y/o morales.
- d.- Resultan de aplicación las reglas generales del sistema, siendo el principio rector lo dispuesto por el artículo 1969 del Código Civil<sup>173</sup>.

## **3. Interrelación entre el Derecho de Familia y el Derecho de Daños**

### **3.1. Daños en el Derecho de Familia.**

Durante mucho tiempo el concepto de generación de daños dentro del núcleo familiar no era aceptado, por lo que los daños producidos en el seno familiar no eran considerados indemnizables. La doctrina mantuvo una posición totalmente cerrada respecto a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de las relaciones

---

<sup>172</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad. en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1992, p. 09.

<sup>173</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad en las relaciones de familia. en *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, p.11.

familiares. No es sino hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando este escenario cambia, siendo la reforma de 1941 en Francia una de las primeras en consagrar expresamente la posibilidad de conceder los daños e intereses por el perjuicio material o moral causado al cónyuge por la disolución matrimonial<sup>174</sup>.

La injerencia por parte de los Estados en cuanto a los daños producidos en las familias era prácticamente mínima, pues se partía de que:

*"La concepción tradicional de la familia, autoritaria, jerarquizada y cerrada, imponía limitaciones a los integrantes en sus derechos, reduciéndolos a una actitud de silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados, consagrando la inmunidad del hogar injusto y resolviendo la crisis interna familiar conforme a reglas propias"*<sup>175</sup>.

Esto nos muestra la estructura de la familia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la cual se caracterizaba por darle un papel de autoridad y control absoluto al *"pater"* sobre los demás miembros. Según esta estructura, los daños que hoy día calificaríamos como indemnizables no podían ser reclamados, pues el padre simplemente ejecutaba actos *"legítimos"* con el fin de corregir a su esposa e hijos, amparado por la autoridad marital y parental.<sup>176</sup>

Es así como a medida que surgen nuevas situaciones y realidades, el Derecho de Familia ha debido cambiar y adaptarse, con el fin de ofrecer soluciones a los nuevos tipos de litigio que carecen de regulación expresa.

Ante estos cambios se parte del hecho que un integrante o miembro de la familia no tiene por qué sufrir injustamente un daño, bajo la excusa de la denominada *"piedad familiar"*, es decir, que el daño provenga de otro familiar, y ser privado de su derecho humano a la reparación. Sobre la piedad familiar cabe mencionar que si bien anteriormente se le consideraba como pauta a tener en cuenta por los jueces al momento de resolver acciones indemnizatorias planteadas por algún miembro de la familia en contra de otro, ello no puede impedir la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil.

---

<sup>174</sup> DUTTO, Ricardo J. Daños ocasionados en las relaciones de familia. Buenos Aires, 1ra edición, Editorial Hammurabi S.R.L., 2006, p. 37.

<sup>175</sup> *Ibid.* p. 30.

<sup>176</sup> MEDINA, GRACIELA. Op. Cit. p. 21.

Sin embargo, debe aclararse que no cualquier daño intrafamiliar es merecedor de reparación, sino que debe cumplir con los presupuestos civiles anteriormente mencionados y ser lo suficientemente grave como para generar un daño mayor a un simple disgusto o aflicción menor, propio de la convivencia humana.

En cuanto al panorama descrito, específicamente la no aceptación de reclamos indemnizatorios intrafamiliares, este cambia a partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de la transversalidad del Derecho de Daños, la evolución de las costumbres y el cambio en las reglas morales, así como también del desarrollo del concepto de la autonomía de la voluntad.

Con el desarrollo de este último concepto, aunado a la aceptación de la responsabilidad civil intrafamiliar, se reconoce la personalidad singular de cada uno de los integrantes de la familia, revalorizando a cada miembro y permitiendo así los reclamos de daños producidos dentro de la familia.

Al respecto comenta la autora Graciela Medina *"En la actualidad, la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto de 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>177</sup>

Sin embargo, aún con la admisión de los daños intrafamiliares debe aclararse que no existen, por lo general, normas específicas en los códigos de los distintos ordenamientos jurídicos que regulen los casos de responsabilidad en el Derecho de Familia, siendo que en los casos en que se reclaman daños intrafamiliares se recurre a la aplicación de principios jurídicos generales y a la normativa general de responsabilidad civil.

El hecho que no haya una normativa expresa que describa los distintos supuestos en que pueden generarse daños en las relaciones familiares no quiere decir que exista una falta de regulación *per se*, pues por lo general se regulan los distintos escenarios de responsabilidad y daños en el Derecho de Familia con base en los principios generales del Derecho, específicamente de la rama Civil.

---

<sup>177</sup> *Ibid.* p. 21.

El principio que permite la indemnización en casos de daños es el "*alterum non laedere*", aforismo romano que alude al deber de no dañar a los demás. Nuestro ordenamiento jurídico adopta e incluye dicho principio, plasmado en la Constitución Política a través del artículo 41, el cual permite la indemnización de daños. Además, el artículo 1045 del Código Civil también encierra el mencionado principio, pues es una disposición relativa al resarcimiento de daños.

Este principio es común a toda la responsabilidad civil y ha regido nuestras relaciones civiles desde su promulgación. No obstante, su aplicación a nivel de Derecho de Familia no estaba prevista, por lo menos de manera expresa, por nuestro Código de Familia hasta hace relativamente poco tiempo, lo cual veremos más adelante.

Entre los distintos daños generados en el ámbito familiar y aceptado por la doctrina mayoritaria, pueden mencionarse los siguientes:

- Daños por nulidad de matrimonio,
- Daños por ocultamiento de SIDA,
- Daños por fraude en la sociedad conyugal,
- Daños por el incumplimiento de la obligación alimentaria,
- Daños causados por el incumplimiento del régimen de visitas,
- Daños causados por el abandono de los hijos,
- Daños derivados del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar,
- Daños causados por el exceso en el ejercicio del derecho de corrección respecto de los hijos,
- Responsabilidad por los daños derivados de la violencia familiar,
- Responsabilidad por lesiones al ejercicio de la patria potestad,
- Responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos,
- Daños y perjuicios derivados de la ruptura de esponsales,
- Daños por enfermedades transmitidas genéticamente a los hijos, entre otros.

### **3.2.- Daños en el Derecho de Familia en el Perú.**

El tema de los daños en el Derecho de Familia en nuestro país no ha sido totalmente desarrollado, pues existe una buena cantidad de pretensiones relativas a

la responsabilidad civil en temas familiares que no son pedidas. Los escenarios más frecuentes de daños y perjuicios que se solicitan en nuestros tribunales son aquellos derivados del divorcio. Ello es producto de una falta de conocimiento de muchos litigantes sobre la posibilidad de solicitar indemnización ante determinadas circunstancias, o bien la timidez de ciertos jueces en aplicar el derecho sin que exista una norma expresa que los respalde.

Indudablemente existe una extensa lista de pretensiones y daños que pueden generarse en el ámbito familiar. Estas no son pedidas, quizás por la falta de regulación expresa en nuestros cuerpos legales. Al no haber una norma que respalde las pretensiones, muchos abogados no se atreven a pedir las. Sumado a esto, existe un alto porcentaje de litigantes que desconocen totalmente la existencia de la amplia gama de daños producidos a nivel intrafamiliar, por lo que no asesoran debidamente a sus clientes y los dejan sin la posibilidad de hacer un reclamo válido.

Además, prácticamente no existen sentencias que mencionen expresamente la posibilidad de otorgar los daños mencionados anteriormente, por lo que muchos jueces tienden a aplicar de manera literal las leyes, sin proceder a analizar el ordenamiento de manera integral. Al no haber precedentes jurisprudenciales que respalden su pretensión, los abogados tienden a ser cautelosos y descartan la opción de plantear dichas pretensiones.

### **3.2.1. Evolución de la Indemnización por daño moral en el Perú.**

Ahora bien, forzoso es reconocer que esta tendencia no ha sido recepcionada en nuestro país con la intensidad que ha alcanzado en otros sistemas, según vinimos a resaltar. Y ello resulta curioso pues la evolución antes reseñada no ha sido exclusiva a los países desarrollados sino también a algunos de nuestro mismo desarrollo económico o al menos semejante como Argentina o México. En efecto, a aunque las sentencias que a diario se dictan sobre esta materia en Perú son muy numerosas, son muy pocos los estudios que se han efectuado sobre ella, en este sentido y sin temor a incurrir en una exageración bien puede decirse que la mayor parte de los litigios que se plantean en cuanto a la responsabilidad extracontractual ante nuestros

tribunales son resueltos única y exclusivamente a partir de las enseñanzas contenidas en la doctrina extranjera así como cuando se trata de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, ninguna duda cabe que muchos de los principios contenidos en las obras requieren de una urgente adaptación si se les contrasta con las tesis actualmente defendidas en el derecho extranjero. Y lo que es aún más grave si se les contrasta con las numerosas modificaciones que el desarrollo económico ha supuesto y supone para nuestro país. Así, de una indemnización dirigida a reparar sólo los daños patrimoniales o con contenido patrimonial como parece haber sido la idea de los Códigos decimonónicos, se admite en la actualidad sin lugar a dudas, que ella debe extenderse a los llamados daños extrapatrimoniales o morales. Ello implica que el concepto de daños resarcible, tradicionalmente circunscrito al ejercicio de carácter pecuniario, se ha extendido para incorporar a aquellos que carecen de tal contenido.

En efecto, nadie puede desconocer que el Perú ha sufrido grandes transformaciones económicas. Esta es una constatación que todo peruano mayor de cincuenta años se encuentra en condiciones de atestiguar. Y hablar de desarrollo económico supone hablar de desarrollo industrial, de mejora en las condiciones de vida, de llegada al país de numerosos avances tecnológicos, de incorporación a la vida diaria del peruano de una serie de actividades antes desconocidas, sino para todos, para un gran segmento de la población o incluso algunas para toda ella y que entrañan claramente un aumento de sus situaciones de riesgo, empleo cotidiano de medios de transporte, exposición continua a deterioros del medio ambiente, lesiones irreparables ocasionadas por equipos médicos o quirúrgicos, aumento alarmante de los vehículos participantes en accidentes de tránsito y de todas sus secuelas, tales como muertes y lesiones, entre otras. Frente a tales transformaciones, los criterios tradicionalmente empleados en nuestro sistema para solucionar los problemas en materia de responsabilidad resultan anticuados, pues ellos permanecen fieles a las clásicas interpretaciones propuestas a los códigos decimonónicos, por ejemplo en Francia o en España. Y estas, abandonadas en gran parte en tales países, siguen vigentes en el nuestro.

Con todo, algunos vicios de innovación o de intentos de adaptación en esta materia pueden encontrarse en nuestro sistema. Todos pueden encontrarse fundamentalmente en nuestra jurisprudencia, pues las reformas legislativas en este ámbito son prácticamente inexistentes y la doctrina, con honrosas excepciones, no se ha interesado mayormente en su estudio. Por lo demás, nada ha de extrañar esta forma de evolución, ya que ella es coincidente con la adoptada inicialmente en la mayor parte de los sistemas jurídicos que hoy poseen una acabada teoría de la responsabilidad. Todos además se han producido en época reciente y, por lo mismo, anuncian, tal vez, un inminente giro interpretativo al respecto.

#### **4. Responsabilidad por no Reconocimiento de Hijo Extramatrimonial.-**

##### **4.1. Fundamentos**

Actualmente se aplica, por lo general, en los distintos ordenamientos jurídicos, el principio de que todo el que por su culpa causa un daño debe responder. En el Derecho de Familia este principio se manifiesta de manera que se busca respetar la autonomía de la voluntad y la personalidad de cada integrante de la familia, por lo que se descarta la noción de que un miembro de la familia cause un daño, ya sea dolosa o de manera culposa a otro miembro familiar, y se exima al primero de responder en virtud del vínculo familiar entre ambos.

Por lo tanto, el Derecho de Familia ha evolucionado al punto en que se ha logrado eliminar la idea que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes, así como también se ha rechazado la concepción de que la especialidad del Derecho de Familia impide la aplicación de los principios propios de la responsabilidad civil.

El tema en cuestión busca estudiar una aplicación específica de esta noción de aceptación de los principios actuales de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de Familia, tal como es el caso de los daños causados por el no reconocimiento de hijo. Sobre el tema en cuestión existen posiciones divididas al respecto, las cuales expondremos a continuación.

#### 4.1.1. Tesis Positiva

Existen 2 posiciones encontradas frente al tema de la obligación de indemnizar los daños producidos por el padre que no reconoce a su hijo, la tesis positiva y la negativa. La positiva es actualmente la mayoritaria, siendo aplicada casi de manera unánime y permitiendo la reparación de los daños por falta de reconocimiento. Su fundamento jurídico se basa no solamente en la responsabilidad civil del padre por los daños causados a su hijo extramatrimonial por falta de reconocimiento, sino que también se fundamenta en el derecho de los hijos a tener una filiación, derecho reconocido prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos, consagrado en sus leyes internas y tutelado a nivel internacional por diversos instrumentos y convenios a favor de los niños.

Entre sus principales argumentos se encuentra además la afirmación que el reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado arbitrariamente por el padre, pues la conducta omisiva produce un daño al hijo y además la especialidad del Derecho de Familia no impide que se apliquen los principios de la responsabilidad civil<sup>178</sup>.

*"El Derecho de Familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, y por ende para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la teoría general del Derecho Civil..."<sup>179</sup>*

Añade la doctrina respecto de la posibilidad de aplicar los institutos civiles en las relaciones de familia:

*"No es que estemos frente al síndrome del espejo por el cual tratamos de aplicar en las relaciones intrafamiliares instituciones reflejas del Derecho Civil, ya que los afectos y la armonía, pilares del matrimonio, de procrear o de tener un adecuado trato con los niños cuando no se convive con ellos, son antológicamente distintos a las relaciones entre terceros, pero el daño*

---

<sup>178</sup> *Ibíd.* p. 149.

<sup>179</sup> *Ibíd.* p. 51.

*ocasionado por el hogar antijurídico y la frustración que ello acarrea no puede eximir de responsabilidad”.*<sup>180</sup>

#### **4.1.2. Tesis Negativa**

La tesis restrictiva no admite la posibilidad de otorgar indemnización por falta de reconocimiento. Los argumentos de esta posición minoritaria se basan en la negativa de aplicar los presupuestos de la responsabilidad civil ante la conducta del padre no reconociente, pues afirman que ello podría dar origen a una gran cantidad de demandas, reclamando los daños producidos, por parte de los hijos no reconocidos. Además, alegan que el reconocimiento es un acto voluntario no obligatorio del padre, pues por lo general los ordenamientos no cuentan con una norma que les exija esa conducta.

Quienes sostienen esta postura aclaran también que el hijo no reconocido puede perfectamente iniciar las acciones de filiación una vez que sea mayor de edad y que al iniciarlas antes de ese momento se impide que el padre lo reconozca de manera espontánea, así como también consideran que se obstaculiza el surgimiento de lazos de amor entre padre e hijo:

*“... el verdadero interés del menor que está en lograr que el padre trate el hijo como tal, que realmente repare su daño y su historia, y que acciones, en lugar de favorecerlo, agudiza el conflicto”*<sup>181</sup>.

Por último, los defensores de esta tesis consideran que es inmoral que se lucre a costa de un reclamo indemnizatorio a otro miembro de la familia, así como también niegan la aplicación de los principios generales del Derecho Civil al Derecho de Familia.

Actualmente la tesis negativa se ha debilitado en gran medida, así como sus defensores cada vez son menos. No compartimos esta última postura, pues no es lógico pensar que una indemnización deba negarse sólo porque se considere inmoral demandar a un miembro de la propia familia, siendo que resulta mucho más inmoral y completamente lesivo dejar sin

---

<sup>180</sup> DUTTO, Ricardo J. Daños ocasionados en las relaciones de familia. Buenos Aires, 1ra edición, Editorial Hammurabi S.R.L., 2006, p. 31.

<sup>181</sup> *Ibid.* p. 149.

reparación a una víctima de un daño injusto, basado únicamente en su parentesco con el causante del daño.

Partimos además de que el padre tiene la misma responsabilidad que la madre en cuanto a la determinación de la filiación de la persona menor de edad. Si bien no existe una norma expresa que obligue al padre a reconocer a su hijo, está en sus mejores intereses cooperar con la madre para determinar la filiación de su posible hijo, a quien se le generan graves daños, producto de ese desinterés e irresponsabilidad del padre.

## 5. Derecho del Hijo a la Identidad

### 5.1. Origen Biológico

Como se vio anteriormente, la filiación es la relación que une al hijo con sus progenitores, existiendo un vínculo biológico y uno jurídico. Cada persona es un sujeto individual, con características propias e inherentes y es esa distinción respecto a las demás personas, junto con la filiación, la que constituye un derecho a la identidad.

Sobre el concepto de identidad, la autora Marissa Herrera, citando a Sessarego, afirma que se trata de *"el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad (...) es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo' y no 'otro"<sup>182</sup>. La identidad se trata entonces de todas esas particularidades, rasgos y características que conforman a cada ser humano y permiten diferenciarlo del resto, haciéndolo capaz de distinguirlo e individualizarlo de toda la comunidad que le rodea.*

*Añade la autora sobre el tema de la identidad:*

*"... cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo. Así, por medio del derecho a la*

---

<sup>182</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés; HERRERA, Marissa; FAMA, María Victoria. Derecho Constitucional de Familia. Buenos Aires, Tomo II, 1ra edición, Editorial Sociedad Anónima, 2006, p. 708.

*identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna".*<sup>183</sup>

*El derecho a conocer el origen se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de identidad, pues el primero representa un medio fundamental y necesario para poder determinar y ejercer el segundo. Debe precisarse que el derecho a conocer el origen contiene 2 facetas distintas, siendo que la primera se refiere al derecho que tiene el individuo de conocer su propia condición jurídica es decir, saber si es un hijo producto de fertilización in vitro o bien si es un hijo adoptado, mientras que la segunda es el derecho a conocer la identidad de los progenitores.*<sup>184</sup>

*Este derecho se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a establecer vínculos jurídicos familiares. No obstante, ambos derechos son diferentes y no siempre correlativos. Un ejemplo de esto lo representa el caso de los niños adoptados, quienes tienen derecho a conocer sus orígenes, según la primera faceta mencionada anteriormente y la doctrina mayoritaria, pero no tienen derecho a ser reconocidos posteriormente como hijos por sus progenitores*<sup>185</sup>. Esto lo reafirma nuestro Código de Familia, al establecer que:

*"Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea".*<sup>186</sup>

*Distinto es el caso de los hijos extramatrimoniales, quienes tienen tanto el derecho a saber quién es su padre, como el derecho a interponer la demanda de filiación, con el fin de establecer un vínculo jurídico familiar.*

*Siguiendo con el tema del derecho a la identidad, este ha adquirido relevancia jurídica, consagrado como un derecho fundamental en la mayoría de los sistemas jurídicos. Nuestro ordenamiento jurídico se ha encargado de tutelar el derecho a la identidad y a conocer el origen, incluyéndolo en nuestra Constitución Política en el artículo 2 inciso 1, el cual expresa lo siguiente:*

*"Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar..."*

---

<sup>183</sup> *Ibíd.* p. 707.

<sup>184</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. El nuevo derecho de familia: visión doctrinal y jurisprudencial. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 86.

<sup>185</sup> *Ibíd.* p. 92.

<sup>186</sup> Código Civil. Artículo 377

De manera un poco más general, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla la protección a las personas menores de edad, la familia, así como la no discriminación entre hijos de matrimonio y los extramatrimoniales en su artículo 17, inciso 5:

*"La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".*

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de las personas menores de edad a tener un nombre:

*"2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre".<sup>187</sup>*

Actualmente existe consenso en prácticamente la totalidad de la doctrina en cuanto a que el padre, al no reconocer a su hijo extramatrimonial, incurre en una violación al derecho fundamental de identidad de la persona menor de edad, negándosele la posibilidad de usar el apellido de su padre, a ser reconocido ante la sociedad como tal, aunado al estigma de ser hijo extramatrimonial, así como también se le niega la posibilidad de hacer valer sus derechos derivados de la relación paterno-filial.

El derecho a conocer el origen es un derecho complicado y de difícil aplicación, pues dentro de su ámbito de aplicación se encuentran intereses contrapuestos, como lo son el derecho a la vida íntima de la mujer y el derecho del hijo saber quiénes son sus progenitores. Sobre este tema nos referiremos más adelante.

## **5.2. Presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia**

Anteriormente, en el capítulo referente a responsabilidad civil, se explicaron en forma breve las 3 condiciones o presupuestos generales que deben concurrir para poder aplicar la teoría de la responsabilidad civil. Procederemos a continuación a unir y relacionar dichos presupuestos con el tema en cuestión.

---

<sup>187</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 24.

### **5.2.1. Factor de atribución**

El factor de atribución se refiere al fundamento del deber de indemnizar, es decir, aquel elemento que a partir de una valoración lleva a determinar si una persona es responsable o no de un determinado daño. Dicho factor se divide en dos grupos distintos, los factores subjetivos y los objetivos. Cada grupo se fundamenta en distintos factores de atribución, siendo que los factores subjetivos se basan en la culpa y el dolo, mientras que los factores objetivos hacen referencia a la teoría del riesgo creado.

En el caso del padre que decide no reconocer a su hijo nacido fuera del matrimonio, estaríamos frente a un factor de atribución subjetivo, ya sea por una conducta culposa o dolosa, que indistintamente de cuál sea resulta lesiva y generadora de daños al hijo.

Es importante mencionar que si bien debe darse una conducta lesiva, es decir, un comportamiento que necesariamente debe producir una alteración o quebranto del deber jurídico genérico de no dañar a otros, no basta el daño para que la víctima pueda pedir reparación. El daño ocasionado debe fundamentarse en un factor de responsabilidad para poder formular y atribuir, de manera efectiva, un juicio de reproche al causante del daño.

En el caso del no reconocimiento de hijo extramatrimonial, la conducta lesiva consiste en la negación de reconocimiento voluntario, es decir, se trata de una conducta antijurídica realizada por omisión, la cual obliga al padre a indemnizar por los daños que ha producido a su hijo al no reconocerlo.

Si bien no existe en nuestras leyes una obligación normativa del padre a reconocer a sus hijos, y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos tampoco, ello no significa que por ser un acto voluntario sea equivalente a ser discrecional, puesto que el deber jurídico del padre a reconocer a su hijo no nace de la imposición expresa de una norma, sino que se desprende del derecho del menor a conocer su origen y a saber quiénes son sus padres, derecho reconocido a nivel constitucional y por los diversos instrumentos internacionales mencionados anteriormente.

Sin embargo, debe mencionarse que no basta con que el padre no reconozca al hijo para que se genere la responsabilidad o deber de indemnizar, sino que necesariamente deben cumplirse con todos los presupuestos de la responsabilidad civil, por lo que la conducta debe ser dolosa o culposa, sin mediar causa alguna eximente, dicha conducta debe producir un daño y debe haber un nexo causal entre la conducta del padre no reconociente y el daño producido al hijo extramatrimonial.<sup>188</sup>

### 5.2.2. Daño

En el plano jurídico, el daño consiste en la lesión que se produce al bien jurídico tutelado. En el caso de no reconocimiento de hijo extramatrimonial, el bien jurídico que se infringe es el derecho al origen y a la identidad, es decir, el derecho a saber cuál es mi realidad biológica, quiénes son mis padres y por ende el derecho a tener una filiación.

Sumado al derecho al origen, la jurista argentina Graciela Medina considera que lo que se da es:

*"... una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil, más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo".<sup>189</sup>*

Como consecuencia de esta lesión a un bien jurídico extrapatrimonial y basado en el principio de la reparación integral de los daños sufridos, la doctrina mayoritaria ha admitido la indemnización por daños, incluyendo el daño material, así como también del daño moral sufrido por el hijo con motivo de la omisión del reconocimiento por parte de su padre<sup>190</sup>.

Sobre lo anterior menciona el autor Eduardo Sambrizzi:

*"Por último, es importante asimismo destacar con relación a los daños sufridos, que deben resarcirse tanto el daño moral como los daños materiales causados, aunque en razón de los bienes jurídicos lesionados, el perjuicio que en estos casos por lo general prevalece y que con mayor frecuencia se*

<sup>188</sup> MEDINA, GRACIELA. Op. Cit., p. 151.

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires, Editorial La Ley S.A., 2001, p. 192.

*requiere que sea reparado, es el correspondiente al daño moral, por cuanto el acto ilícito con fundamento en el cual se acciona, suele lesionar los más íntimos sentimientos de la persona dañada. Aunque insistimos, ello no implica que no deban también repararse los daños patrimoniales ocurridos y debidamente probados".<sup>191</sup>*

En primer lugar, el daño moral se da por no poder acceder el hijo a su derecho de identidad, frente a la negativa de su padre de reconocerlo voluntariamente. Debe aclararse además que, si bien hay casos en los que el padre ha aportado a su hijo los alimentos necesarios, esto no lo exime de ser responsable por el daño moral causado, pues se trata de daños distintos e independientes.

En cuanto al daño material, este consiste en todas las carencias materiales y privaciones que haya sufrido el hijo por no tener un padre. Ahora bien, no necesariamente habrá daño material o patrimonial en todos los casos en que se esté frente a una falta de reconocimiento, pues dependerá de las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Por ejemplo, en aquellos casos en que la madre no tenga demasiados recursos y el padre tenga los medios y solvencia económica para proveer a su hijo de una vida digna y se rehúse a asistirlo, evidentemente se produce un daño material, puesto que con su conducta se priva al hijo de disfrutar mejores condiciones, negándole, por ejemplo el acceso a una mejor alimentación, mejor educación, salud y en general a una mejor calidad de vida.

El anterior supuesto corresponde a lo que se denomina como pérdida de chance o bien pérdida de oportunidad. Este concepto puede ser definido como *"la desaparición de la probabilidad seria y real de un evento favorable"*<sup>192</sup>, es decir, *"la falta de una posibilidad razonable de obtener una ganancia o evitar una pérdida"*.<sup>193</sup>

La jurisprudencia argentina se ha expresado de manera reiterada sobre la pérdida de oportunidades, estableciendo que el daño se infiere *"in re*

---

<sup>191</sup> SAMBRIZZI, EDUARDO A. Op. Cit., p. 7.

<sup>192</sup> TORREALBA NAVAS, Federico. Responsabilidad Civil. San José, 1ra edición, Editorial Juricentro, 2011, p. 695.

<sup>193</sup> SAMBRIZZI, EDUARDO A. Op. Cit., p. 194.

*ipsa*" (por presunciones humanas), sin ser necesario probar que el hijo no reconocido haya sufrido alguna necesidad, presumiendo que si el padre omisivo lo hubiera reconocido, hubiera gozado de mayores oportunidades en todos los aspectos.<sup>194</sup>

Sin embargo, pueden darse casos distintos donde la situación sea al revés y sea el padre quien no tiene los medios para proveerle a su hijo alimentos ni la capacidad económica para cubrir sus necesidades básicas, impidiéndole un pleno desarrollo integral. En este caso es claro que no se configura el daño material, pues aunque el padre reconozca a su hijo, no posee la capacidad de asistir a su hijo, económicamente hablando.

Debe precisarse que autores como Bossert y Sambrizzi consideran que las carencias afectivas que pudo haber sufrido el hijo extramatrimonial respecto a su padre, así como la falta de apoyo espiritual y en general el desamor producto del no reconocimiento, no son indemnizables, pues pertenecen al aspecto espiritual de las relaciones de familia y el derecho no actúa sobre ello<sup>195</sup>. De esta manera los daños resarcibles que puede reclamar el menor son específicamente el moral y material, este último a través de la figura de pérdida de chance. En el mismo proceso, podrá la madre pedir que se le reintegren los gastos de embarazo y maternidad, así como el daño moral que ella haya sufrido.

Sobre este punto se refiere Zannoni, quien comparte esta última posición:

*"Aclara Zannoni que el hijo no podría pretender la reparación del desamor, de la carencia afectiva o la falta de apoyo espiritual por parte del padre no reconociente. Ésos estados del espíritu, señala, no trascienden en categorías jurídicas mientras no se traduzcan en el incumplimiento de deberes que establece la ley, tales como incumplimiento de los deberes de diligencia familiar, en los malos tratamientos, el abandono, el hecho de poner en peligro la salud física o psíquica del hijo, o su moralidad, etc."*<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> TORREALBA NAVAS, Federico. Op. Cit., p. 761.

<sup>195</sup> SAMBRIZZI, EDUARDO A. Op. Cit. p. 193.

<sup>196</sup> *Ibíd.* p. 193. .

### 5.2.3. Relación de causalidad

Como tercera condición general de la responsabilidad civil se encuentra el nexo causal. Esta condición se refiere a que necesariamente el daño debe ser producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del ilícito, es decir, debe *"acreditarse la existencia de una relación de causa-efecto entre el factor de atribución y el daño indemnizable"*<sup>197</sup>. En nuestro caso particular, esto significa que debe haber una relación de causalidad entre la falta de reconocimiento espontáneo del padre y el daño reclamado por el hijo.

#### 5.2.3.1. Legitimación para Demandar la Indemnización de Daños

Sobre la legitimación para pedir la indemnización por los daños sufridos como consecuencia del no reconocimiento de hijo extramatrimonial, consideramos que tanto la madre como el hijo se encuentran facultados, por el ordenamiento jurídico, para hacer tal reclamo.

En primer lugar, es claro que el principal afectado por el hecho mencionado anteriormente es el hijo no reconocido, pues sufre el daño directamente y cuenta con la legitimación para exigir su reconocimiento y la indemnización por daños y perjuicios. La acción la podrá interponer el hijo mayor de edad y en caso de no contar todavía con la mayoría de edad, deberá la madre, en representación de su hijo, accionar a favor de este.

Creemos que al igual que el hijo, la madre es susceptible de sufrir daños producto del no reconocimiento del padre. Los daños no sólo se limitan a aspectos materiales, tales como los gastos de embarazo y maternidad, sino que también puede la madre promover una acción indemnizatoria en nombre propio. Ella puede reclamar

---

<sup>197</sup> TORREALBA NAVAS, Federico. Op. Cit., p. 100.

daño moral, producto de que el padre de su hijo no haya asumido los deberes propios e inherentes de la paternidad, lo cual evidentemente produce sufrimiento, angustia y desesperación al tener que asumir sola todo el proceso de crianza del hijo.<sup>198</sup>

Interesante es el caso de Argentina, pues su Código Civil incluye una norma que expresamente prohíbe al damnificado indirecto reclamar daño moral. Dice el artículo 1078:

*"Art.1078.- La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".<sup>199</sup>*

Del párrafo segundo se desprende que sólo el damnificado directo se encuentra autorizado legalmente para exigir reparación por concepto de daño moral, lo cual han reiterado los tribunales argentinos al rechazar los reclamos por daño moral interpuestos por las madres. Dicha posición es compartida por parte de la doctrina, quienes afirman que el daño moral que sufre la madre, como consecuencia del no reconocimiento de su hijo por parte del padre, es indirecto y que, según lo dispuesto por el artículo citado supra, no puede la madre hacer reclamo alguno, respecto al daño moral.

Lo anterior ha producido posiciones encontradas en la doctrina argentina, pues si bien es evidente que, según el Código Civil argentino, sólo el hijo no reconocido puede exigir daño moral por ser damnificado directo, existe una parte de la doctrina que considera que resulta injusto que se le prohíba a la madre hacer su reclamo en nombre propio. Lo anterior ha llevado a que se considere hacer una

---

<sup>198</sup> MEDINA, GRACIELA. Op. Cit. p. 168.

<sup>199</sup> Organización de los Estados Americanos (OEA). [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf) [Consulta: 05 de agosto del 2015].

reforma de la norma citada, pues dicho artículo pareciera no ser consecuente con la tendencia actual de abrir la reparación de daños extrapatrimoniales en todas las ramas del Derecho.

Consideramos que la madre sufre un verdadero daño directo ante la negativa del no reconocimiento de su hijo por parte del padre, por lo que sí se encuentra legitimada para reclamar a título personal los daños sufridos y exigir reparación.

### **SECCIÓN III: Eximentes de la responsabilidad**

#### **1. Generalidades.**

Tal como mencionamos en la sección anterior, en la doctrina se ha discutido sobre las causales que justifican de alguna manera el no reconocimiento de hijo extramatrimonial, por decisión de la madre de no plantear la investigación de paternidad correspondiente.

Asimismo, existen distintas situaciones que podrían considerarse como eximentes de la responsabilidad del padre que no reconoce a su hijo. La decisión de no reconocerlo debe fundamentarse en circunstancias verdaderamente calificadas que imposibiliten el acto de reconocimiento voluntario.

Tal es la posición de autores como Zannoni, quien 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.

Dentro de las causas que comúnmente se mencionan como eximentes de responsabilidad destacan las siguientes:

*"... en el supuesto de tener el padre fundadas dudas sobre su paternidad, como podría hacer 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, prestándose, por ejemplo, a los pertinentes estudios de histocompatibilidad.*<sup>200</sup>

En igual sentido, Zannoni y Medina, citados por Sambrizzi:

*"La expuesta es, entre otros autores, la posición de Zannoni, quien señala al respecto que se distribuirá responsabilidad a quien habiendo sido declarado padre, no pueda justificar un error excusable que obste a su culpabilidad."*

*Graciela Medina recuerda en el supuesto de imposibilidad reconocimiento a la paternidad, lo que ocurre cuando el hijo no puede ser reconocido por el verdadero padre por estar la madre casada con otro hombre..."*<sup>201</sup>

Quizás una de las causas de mayor peso es la mencionada por Medina en el párrafo anterior, pues al estar la madre unida por el vínculo conyugal con su esposo, el hijo nacerá bajo la presunción de paternidad del artículo 361 del Código Civil, quedando inscrito legalmente como hijo matrimonial. De esta manera la persona menor de edad quedará inscrita con una filiación que no es la verdadera o biológica, sino que adoptará los apellidos de su padre registral.

Ante este supuesto, no sería posible que la madre demande al padre biológico por daños, dado que su conducta omisiva se encuentra justificada legalmente y no podría este último reconocer a su hijo.

*"Otro supuesto de fuerza mayor es la existencia de una filiación anterior que impide reconocimiento y que no se pueda remover; ese supuesto se da cuando la madre inscribe el hijo como matrimonial o cuando contribuye con su adulterio a que el hijo fruto de una relación extramatrimonial sea considerado matrimonial. En esos casos, el padre biológico no puede reconocer a la criatura porque existe una filiación anterior que le impide y que no puede remover."*

*Aun cuando se reconozca judicialmente la paternidad biológica, el resarcimiento del daño moral no procede cuando medie una imposibilidad legal de reconocer el hijo biológico, porque concurre una causa de justificación que impide la tipificación del acto como ilícito."*

---

<sup>200</sup> SAMBRIZZI, EDUARDO A. Op. Cit., p. 190.

<sup>201</sup> *Ibid.* p. 190.

*En esos supuestos el acto de no reconocimiento resulta materialmente antijurídico, no obstante cómo se encuentre justificado por una norma legal su ilicitud, no genera un daño moral resarcible".<sup>202</sup>*

En caso que el padre crea que es estéril, la duda no es suficiente para eximirlo de responsabilidad. Comúnmente tienden a utilizarse como sinónimos los términos infertilidad y esterilidad, lo cual es incorrecto. Mientras que la esterilidad se refiere a la incapacidad de reproducirse, la infertilidad por lo general se relaciona con distintos factores que dificultan el embarazo. Algunos de estos factores pueden ser, en el caso del hombre, un bajo conteo de espermatozoides, que la forma de estos no sea propicia para la fertilización del óvulo y en general una baja calidad de esperma. Creemos que ante esta situación no podría invocarse la infertilidad como eximente de responsabilidad, dado que a pesar de estos factores, un diagnóstico de infertilidad en un hombre no significa necesariamente que no pueda embarazar a una mujer, sino que la concepción es muy poco probable. Al existir siempre la posibilidad de producir un embarazo, por más difícil e improbable que pueda ser, debe el hombre considerar dicha situación y presentarse de buena fe a los exámenes de ADN.

Por otro lado, si bien no es lo usual, ha habido casos de mujeres que han quedado embarazadas después de tener relaciones con hombres declarados estériles. La esterilidad se da cuando está probada la incapacidad para lograr efectivamente la fecundación. En este caso consideramos que sí podría calificar como una causa de justificación, debiendo estar la esterilidad plenamente confirmada por un examen médico que acredite tal condición. Al ser estéril, el hombre tendría una causa razonable para decidir no reconocer voluntariamente a su hijo. En todo caso, deberá el presunto padre presentarse a la prueba de ADN para despejar cualquier duda existente, en caso que la madre tenga duda o desconfíe de tal condición e inicie un proceso de filiación extramatrimonial en su contra.

Además, el padre podría aducir ignorancia sobre su paternidad, ya sea por razones de distancia, si es que este no vuelve a tener noticias de la madre de su hijo o si bien dejan de verse o frecuentarse y esta no le informa de su embarazo. En este caso no hay daño, puesto que el hombre que no tiene conocimiento de su paternidad no puede cumplir con el deber de reconocer a su hijo.

---

<sup>202</sup> MEDINA, GRACIELA. Op. Cit., p. 156.

Sin embargo, hoy día pareciera una situación poco probable, dados los avances tecnológicos y los abundantes medios de comunicación existentes. Podría suceder que el padre biológico se entere por otros medios del embarazo de la madre, ante lo cual, si existe una posibilidad de que el hijo sea suyo, deberá de manera diligente despejar las dudas que pudieren haber, instando a la madre a que, una vez nacido el hijo, inicie el proceso de filiación extramatrimonial.

Igualmente sucede en aquellos casos en que las madres mantuvieron relaciones sexuales con más de una pareja en la época de la concepción, pues todos los individuos que mantuvieron relaciones sexuales durante la época de concepción son posibles padres y si tienen conocimiento del embarazo necesariamente conocen la posibilidad que tienen de ser padres, debiendo estar anuentes a presentarse a la prueba de marcadores genéticos.

Concluimos con una reflexión sumamente importante que debe tenerse en cuenta, la cual ha sido respaldada por la jurisprudencia argentina:

*"No constituye un eximente de responsabilidad el haber brindado afecto y atención material al hijo, cuando se le niega el emplazamiento familiar, porque éste constituye un derecho constitucional más amplio que el apoyo asistencial y sentimental por parte del progenitor, constituido entre otros por el derecho al nombre y al reconocimiento público del vínculo filiatorio".<sup>203</sup>*

Ante todas estas situaciones deberá el juez estudiarlas cuidadosamente, atendiendo las específicas circunstancias de cada caso, buscando proteger a la persona menor de edad y examinando la conducta tanto de la madre como del padre, en busca de mala fe.

---

<sup>203</sup> *Ibíd.* p. 156.

## CAPÍTULO IV

### ASUNTO CONTROVERTIDO, PROCESO Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

#### SECCIÓN I: Asunto Controvertido

##### 1. Concepto.

Es la lucha de intereses privados que realizan las partes durante el curso del proceso en una contienda judicial. Existe en tanto el demandante como el demandado lucha por demostrar los hechos controvertidos o sus intereses en pugna. Se produce desde que se viola la norma jurídica o se niegue el derecho de una persona.

Para el Jurista argentino Atilio González, "es la contingencia procedimental consistente en la posibilidad de que aquel conflicto sea discutido; es decir, la eventualidad de que el sujeto pasivo de la pretensión discuta, contradiga o controvierta la existencia misma del conflicto afirmado por su contraparte"<sup>204</sup>.

##### 2. Momento desde que se considera asunto controvertido en la responsabilidad civil derivado de la oposición de la filiación.

Se considera asunto controvertido a las cuestiones de hecho o derecho que, no pudiendo resolverse mediante un acuerdo previo entre ambas partes para la autocomposición, reclaman el pronunciamiento del órgano Judicial.

En el presente caso se considera desde el momento en el cual el padre se opone al reconocimiento del menor, cuestión que incluye tanto los supuestos en los cuales el padre se sustrae a reconocer voluntariamente a su descendencia, afectando con ello el derecho a la identidad personal, consagrado en los artículos 7 y 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, los que confieren a los hijos el derecho de conocer a sus progenitores y a tener su identidad; por lo cual se desencadena una controversia entre ambas partes (demandante y demandado).

---

<sup>204</sup> GONZÁLEZ, Atilio Carlos. Estudios de Derecho Procesal. T Buenos Aires, Tomo IV. Editorial Ad-Hoc S.R.L., 2006, p. 77

## SECCIÓN II.- PROCESO

### 1. Definición de Proceso.

Existen tantos conceptos sobre el proceso desde el *judicium romano*, del cual se derivó el término juicio que ya en la escuela proceletista se encuentra dentro del proceso. Para entender mejor este término citaremos a los más destacados tratadistas del Derecho Procesal:

Para Chiovendia, el proceso civil: "Es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria"<sup>205</sup>.

Deivis Echandía, al referirse al proceso sostiene: "Es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretenden tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos"<sup>206</sup>.

Al tratar de Proceso Judicial, Monroy Gálvez brinda la siguiente definición: "El proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos"<sup>207</sup>.

Por nuestra parte afirmamos que el proceso es el conjunto de actos procesales coordinados, sistematizados, lógicos que realizan las partes y terceros ante los

---

<sup>205</sup> CHIOVENDIA, Giuseppe. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Madrid, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 37.

<sup>206</sup> DEIVIS ECHENDIA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*. Santa Fe de Bogotá, 14ª edición, Editorial ABC, 1996, p. 157.

<sup>207</sup> Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, Tomo I, 1996, pp. 112 y 113.

organismos jurisdiccionales para la solución de un conflicto de intereses desde la interposición de la demanda hasta la ejecución de la resolución judicial firme.

Son actos procesales coordinados, porque la ley procesal no se utiliza en forma aislada, sino que tiene principios que la orientan a fin de que cumplan la finalidad a que ésta destinada; así, por ejemplo, se fundamenta en el principio dispositivo de contradicción, celeridad, economía procesal, publicidad, etc. El proceso se va desarrollando por etapas sucesivas en forma concatenada, ordenada y lógica hasta terminar con la ejecución de una resolución firme.

El proceso es sistemático, puesto que tiene su propio método o vía procedimental para descubrir la verdad formal, relacionando durante la actividad dinámica del proceso a muchas instituciones jurídicas del ordenamiento positivo nacional para descubrir el origen del derecho controvertido.

## **2. Clases de Proceso del Código Procesal Civil.**

El código procesal civil clasifica a los procesos en contenciosos y no contenciosos, en el presente trabajo solo me abocare al proceso contencioso, específicamente al proceso sumarísimo a razón de que en la presente investigación se está tratando este tipo de proceso.

### **2.1. Proceso Sumarísimo**

#### **2.1.1. Concepto.**

El proceso Sumarísimo, dentro de los proceso contenciosos, es la vía procedimental que se caracteriza por contemplar los plazos más breves, la menor cantidad de actos procesales y la concentración de las audiencia en una sola, denominada audiencia única, en la cual, inclusive, se produce la expedición de la sentencia, salvo que excepcionalmente, el Juez reserve su decisión para un momento posterior<sup>208</sup>.

---

<sup>208</sup> *Ibidem.* p. 137

En vía de proceso Sumarísimo se ventilan, por lo general, las controversias que no revisten mayor complejidad o en las que sea urgente la tutela jurisdiccional comprendiéndose, además, aquellas en las que la estimación patrimonial en cuantía sea mínima.

### **2.1.2. Casos de procedencia**

Conforme al artículo 546 del CPC, en esta vía se tramitan los procesos de<sup>209</sup>:

- 1.- Alimentos;
- 2.- Separación convencional y divorcio ulterior;
- 3.- Interdicción;
- 4.- Desalojo;
- 5.- Interdictos;
- 6.- Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;
- 7.- Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal; y
- 8.- Los demás que la ley señale. Entre estos podemos mencionar:
  - a) Asignación de pensión a herederos forzosos aun dependientes del ausente
  - b) Convocatoria judicial a asamblea general de asociación
  - c) Declaración de pérdida del derecho del deudor al plazo
  - d) Fijación judicial del plazo

---

<sup>209</sup> Código Procesal Civil. Procesos Contenciosos. Artículo 546.

- e) Fijación judicial del plazo para la ejecución del cargo
- f) Ineficacia de actos gratuitos en caso de fraude
- g) Oposición a la celebración del matrimonio
- h) Autorización del trabajo fuera del hogar de los cónyuges
- i) Regulación de contribución de los cónyuges al sostenimiento del hogar
- j) Administración de los bienes del otro cónyuge
- k) Nombramiento de curador especial por oposición de intereses de padres e hijos
- l) Partición del bien común antes del vencimiento del plazo del pacto de indivisión, entre otros.

### **2.1.3. Fijación del proceso por el juez<sup>210</sup>.**

En el caso del inciso 6 del Artículo 546, que dice “los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo”, la resolución que declara aplicable el proceso sumarísimo, será expedida sin citación al demandado, en decisión debidamente motivada e inimpugnable.

### **2.1.4. Competencia por razón de grado y cuantía<sup>211</sup>**

a) **Alimentos.**- Son competentes los Jueces de Paz Letrados, siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda. En los demás casos, son competentes los Jueces de Familia.

---

<sup>210</sup> Código Procesal Civil. Procesos Contenciosos. Artículo 549.

<sup>211</sup> Código Procesal Civil. Procesos Contenciosos. Artículo 547.

b) **Separación convencional y divorcio ulterior.**- Son competentes los jueces de familia.

c) **Interdicción.**- Son competentes los jueces civiles.

d) **Desalojo.**- Cuando la renta mensual es mayor de cinco unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco unidades de referencia procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados.

e) **Interdictos.**- Son competentes los jueces civiles.

f) También son competentes los jueces civiles en los procesos en los que no tiene una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el juez considera atendible su empleo.

g) Para pretensiones cuya estimación patrimonial es hasta diez unidades de referencia procesal, es competente el Juez de Paz.

h) Para pretensiones cuya estimación patrimonial es mayor a diez unidades de referencia procesal, es competente el Juez de Paz Letrado.

#### **2.1.5. Actividad procesal aplicable al proceso sumarísimo**

Conforme al artículo 548° del CPC, el proceso sumarísimo se inicia con la actividad regulada en la sección cuarta del Código Procesal civil, referido a la postulación del proceso (Demanda, emplazamiento, contestación, excepciones y defensas previas, rebeldía, saneamiento procesal audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos, y saneamiento probatorio).

Asimismo, la audiencia única se regula supletoriamente por lo dispuesto en el CPC para la audiencia de pruebas.

### **2.1.6. Plazos especiales de emplazamiento<sup>212</sup>**

En el caso del proceso sumarísimo el plazo normal de emplazamiento con la demanda es de 5 días. Sin embargo, cuando el emplazamiento se hace a demandado indeterminado o con residencia ignorados, el plazo especial de emplazamiento es de 15 días si el emplazado está dentro del país y 25 días si el emplazado está fuera del país.

### **2.1.7. Inadmisibilidad e improcedencia de la demanda<sup>213</sup>**

El Juez, al calificar la demanda, puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a lo dispuesto por los Artículos 426 y 427, respectivamente.

Si declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable.

Si declara improcedente la demanda, ordenará la devolución de los anexos presentados

### **2.1.8. Excepciones, defensas previas y cuestiones probatorias<sup>214</sup>**

Las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda, esto en el plazo de 5 días. Solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata.

Las tachas u oposiciones sólo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el Artículo 554.

---

<sup>212</sup> Código Procesal Civil. Procesos Contenciosos. Artículo 550.

<sup>213</sup> Código Procesal Civil. Procesos Contenciosos. Artículo 551.

<sup>214</sup> Código Procesal Civil. Procesos Contenciosos. Artículo 552.

### **2.1.9. Audiencia única<sup>215</sup>**

Al admitir la demanda, el Juez concederá al demandado cinco días para que la conteste. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el Juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad.

En esta audiencia las partes pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna.

### **2.1.10. Desarrollo de la audiencia-actuación**

Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso y propiciará la conciliación proponiendo su fórmula. De producirse ésta, se especificará cuidadosamente el acuerdo y se suscribirá el acta correspondiente que equivale a sentencia con autoridad de cosa juzgada.

Si no se logra conciliar, el Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba, admite los medios probatorios pertinentes y rechaza aquellos que considere inadmisibles o improcedentes y, dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato.

Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los Abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia.

Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia.

---

<sup>215</sup> Código Procesal Civil. Procesos Contenciosos. Artículo 554.

### **2.1.11. Casos en que no procede el proceso sumarísimo<sup>216</sup>**

Conforme al artículo 559 del CPC en el proceso sumarísimo no son procedentes:

1. La reconvencción;
2. Los informes sobre hechos;
3. El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; y
4. Las disposiciones contenidas en los Artículos 428 (modificación y ampliación de la demanda), 429 (Medios probatorios extemporáneos) y 440 (Medios probatorios referidos a nuevos hechos invocados en la contestación, los que no fueron invocados en la demanda)

## **SECCIÓN III: Jurisprudencia nacional**

Dentro de la jurisprudencia no encontramos casos de presentación de demandas solicitando daño moral por oposición al reconocimiento, lo cual se puede atribuir a diversos factores, tales como la falta de información y asesoría por parte de las madres solteras, sobre todo para aquellas de escasos recursos, así como la cultura machista que existe en nuestra sociedad, lo cual lleva a una evasión de la responsabilidad paterna.

En esta sección analizaremos la jurisprudencia relacionada al no reconocimiento de hijo extramatrimonial, pues si bien no encontramos sentencias en las que se resuelve específicamente sobre el daño moral generado, sí existe jurisprudencia que resulta relevante y de interés para el tema en cuestión.

### **1.- CASO N° 3090-2006**

#### **Divorcio Por Causal de Separación de Hecho**

Recurso de casación interpuesto por Adriana Teresa Gómez Cerrón de Lucumi, contra la sentencia de vista, que confirma la sentencia apelada, que declara fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho; en consecuencia, disuelto el vínculo conyugal;

---

<sup>216</sup> Código Procesal Civil. Procesos Contenciosos. Artículo 559.

en los seguidos por Pablo Genaro Lucumi Veriado y Adriana Teresa Gómez Cerrón, sobre divorcio por causal de separación de hecho;

### **1.1. Fundamentos del recurso:**

La recurrente fundamenta su recurso en base:

a) La Interpretación errónea del artículo trescientos cuarenticinco-A del Código Civil. Refiere que la sentencia de vista en su quinto considerando interpreta erróneamente el artículo trescientos cuarenticinco-A del Código Civil pues no se pronuncia sobre el daño personal o moral que sufriría la demandada al dejar de percibir la pensión alimenticia como consecuencia del divorcio, es más, no se pronuncia sobre el monto indemnizatorio que le debe corresponder como cónyuge afectada, tomando en cuenta que el demandante ha sorprendido al órgano jurisdiccional actuando con el estado civil de divorciado, situación que tampoco ha sido valorada por el Superior jerárquico, alega que los hechos expuestos han sido puestos de conocimiento del órgano jurisdiccional al momento de contestar la demanda e interponer el recurso de apelación;

b) Inaplicación de los artículos veintiséis y cuarenta y uno de la Ley número veintiséis mil cuatrocientos noventa y siete -Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, el cual refiere que la Sala de vista no ha meritado conforme a lo actuado que el estado civil que aparece en el documento nacional de identidad del demandante es el de divorciado, cuando lo real y cierto es que la finalidad de la presente demanda fue procurar el pronunciamiento del órgano jurisdiccional para disolver el matrimonio contraído entre las partes por la causal de separación de hecho, por lo que no ha existido legitimidad para obrar del demandante para procurar la disolución del vínculo matrimonial cuando éste indebidamente se hacía pasar como un ciudadano divorciado a fin de obtener otro tipo de beneficios. Por otro lado, en cuanto a la causal in procedendo la recurrente denuncia la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, refiriendo que no se han respetado los derechos procesales de las partes y porque además la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva pues el órgano jurisdiccional ha dejado de motivar sus decisión de manera coherente en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

## **1.2. Fundamentos por los cuales se concede el recurso:**

**Primero:** Que, al haberse declarado procedente el presente recurso por las causales previstas en los incisos uno, dos y tres del numeral trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, corresponde, en principio, absolver la denuncia in procedendo, de modo que si se declara fundado el recurso por esta causal, deberá verificarse el reenvío, imposibilitando el pronunciamiento respecto de las causales sustantiva.

**Segundo:** Que, en lo que respecta a esta causal, la recurrente ha sustentado su demanda en que, según su entender, no ha existido tutela jurisdiccional efectiva y porque no se ha motivado la sentencia de manera coherente.

**Tercero:** Que, una motivación adecuada comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes; por consiguiente, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o in factum, en que se establecen los hechos probados y no probados, mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma; como la motivación de derecho o in jure, en que selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma.

**Cuarto:** Que, del examen de la resolución de vista impugnada se advierte que el Ad quem ha cumplido con consignar los fundamentos fácticos en que sustenta su fallo; asimismo los correspondientes de derecho, ello luego de compulsar las pruebas aportadas al proceso. Por consiguiente la denuncia de falta de una motivación coherente carece de asidero.

**Quinto:** Que, en cuanto a la demanda de que la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva en el presente proceso, debe precisar que el hecho mismo que se haya arribado a esta sede implica que la recurrente ha hecho uso de su derecho de contradicción, así como que ha ejercitado su derecho a interponer los diversos recursos que le franquea la ley, inclusive el que es objeto del presente pronunciamiento. En tal contexto, mal puede afirmarse que en los presentes autos no existe tutela jurisdiccional efectiva.

**Sexto:** Que, la recurrente también ha denunciado que ha inaplicado los artículos veintiséis y cuarentiuno de la Ley número veintiséis mil cuatrocientos noventa y siete, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. En tal contexto, se advierte que la recurrente, luego de realizar un análisis de las mencionadas normas materiales llega a la conclusión de que el demandante carece de legitimidad para obrar. Al respecto, cabe señalar que la recurrente esboza en esta denuncia una argumentación sustentada en un presunto vicio procesal en la substanciación de la demanda (falta de legitimidad para obrar), lo cual resulta manifiestamente improcedente, ya que la causal material invocada obliga a esta Suprema Sala a realizar un examen a fin de determinar la aplicabilidad o no de la norma denunciada. Además, debe precisarse que el estado civil de divorciado de una persona no depende de la declaración consignada en el documento nacional de identidad, sino de la inscripción en el Registro Civil de tal estado, en mérito de una decisión que corresponde únicamente al órgano jurisdiccional. Por consiguiente, esta denuncia también debe desestimarse.

**Séptimo:** Que, la recurrente también ha señalado que la interpretación errónea del artículo trescientos cuarenticinco-A, manifestando que la sentencia de vista no se pronuncia sobre el daño personal o moral sufrido por su persona, omitiendo también pronunciarse sobre el monto indemnizatorio que le debe corresponder como cónyuge afectada. Al respecto, debe señalarse que de acuerdo al tenor del segundo párrafo del mencionado artículo “el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

**Octavo:** Que, no obstante, el Ad quem, en los considerandos quinto y sexto de la sentencia de vista, ha establecido que “la demandada en su escrito de contestación no requiere ni reconviene respecto a la pretensión indemnizatoria”; asimismo, señala que “la afectación [daño] debe ser alegada por el perjudicado en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la contestación...”, y como “la indemnización por daños no ha sido peticionada por la emplazada, por lo que bien hace la Juzgadora, al no emitir pronunciamiento al respecto”.

**Noveno:** Que, la causal de interpretación errónea de una norma de derecho material se verifica cuando el Juzgador ha elegido la norma pertinente (en el presente caso el referido artículo), pero se equivoca sobre su significado, dándole un sentido o alcance que no tiene.

**Décimo:** Que, por la institución del divorcio uno o ambos cónyuges de acuerdo a ley - en éste último caso luego de realizado la separación convencional- pueden acudir al órgano jurisdiccional a fin de que se declare la disolución del vínculo matrimonial civil existente entre ellos, conforme es de entenderse del artículo trescientos cuarentiocho del Código Civil, concordado con los artículos trescientos cuarentinueve, trescientos treintitrés y trescientos cincuenticuatro de ese mismo cuerpo normativo.

**Décimo primero:** Que, en ese marco debe precisarse que pueden presentarse las siguientes situaciones: I) Que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarcan dentro de la teoría denominada del “divorcio sanción”, contempladas en los acápites primero al séptimo y décimo del artículo trescientos treintitrés del Código Civil; II) Que accione el cónyuge ya no “perjudicado”, sino aquel que busca solucionar una situación conflictiva siempre y cuando no se base en hecho propio, supuestos regulados en los incisos ocho, nueve y once del artículo trescientos treintitrés del Código citado que se hayan justificados por la teoría conocida como “divorcio remedio”; y, III) Que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar, al igual que en el caso anterior, una situación conflictiva, caso que contempla el inciso doce del artículo trescientos treintitrés y que también pertenece a la teoría del divorcio remedio, en el que se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales.

**Décimo segundo:** Que, este último caso, en el que cualquiera de los cónyuges puede ser quien active el aparato jurisdiccional es el de la separación de hecho, introducida en nuestro sistema Civil mediante la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventicinco, modificatoria del artículo trescientos treintitrés del Código Civil; causal que busca dar respuesta a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad de acuerdo al artículo doscientos treinticuatro del Código acotado.

**Décimo tercero:** Que, interpretado el texto del artículo trescientos cuarenticinco-A del Código Civil, segundo párrafo, debe precisarse que, por lo general, todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los Juzgadores están en la obligación de pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado, de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio.

**Décimo cuarto:** Que, en tal sentido, el demandante ha afirmado en su demanda que se tuvo que retirar del hogar conyugal debido al comportamiento injurioso de la demandada; sin embargo en la secuela del proceso, en modo alguno ha demostrado tal comportamiento de la emplazada, por lo que tal hecho debe calificarse como un abandono. Que de otro lado, la demandada ha sostenido que recién a partir del año dos mil dos el demandante le abona una pensión de alimentos. Sobre el particular el demandante ha admitido tácitamente tal afirmación; además existen los documentos de fojas cincuenticuatro a cincuentiséis que corroboran la afirmación de la demandante. De otro lado, debe señalarse que la recurrente asumió sola la responsabilidad de criar y educar a los hijos de ambos, así como la conducción del hogar, una vez separados ambos cónyuges. Por tanto, estos son elementos conducentes a determinar la existencia de un perjuicio sufrido por la demandante a causa de la separación, el que incluye la frustración de su proyecto de vida personal. En tal sentido, estando acreditada la existencia de un daño moral y personal, atribuible al demandante, causado a resultas de la separación, el Juez está en la obligación de fijar un monto indemnizatorio. Por estas consideraciones y de conformidad con el inciso primero del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil:

Por lo cual la Sala Suprema, ha declarado procedente el recurso interpuesto, por las causales de interpretación errónea e inaplicación de normas de derecho material de una norma de derecho material y contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, previstas en los incisos primero, segundo y tercero, respectivamente, del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil.

Declarando **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Adriana Teresa Gómez Cerrón de Lucumi; en consecuencia, **FIJAN** una indemnización a favor de la demandada, por concepto de daño moral y personal, ascendente a la suma de dos mil quinientos nuevos soles, que deberá ser abonada por el demandante.

## **2.- CASO N° 2802-2007**

### **Divorcio Por Causal de Separación de Hecho**

Se interpone recurso de casación, contra la sentencia expedida por la Sala Permanente Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia que declara fundada la demanda de separación de hecho y que inaplica el artículo 345 - A del Código Civil en cuanto a que el demandante debe acreditar estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras pactadas para demandar el divorcio y en cuanto a que el juez deberá velar por la estabilidad del cónyuge que resulte perjudicado con la separación de hecho, debiendo señalar por ello una indemnización por daños ocasionados u ordenar adjudicación preferente de bien social. Al respecto, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema indica que los juzgadores deben pronunciarse necesariamente aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia de un cónyuge perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios existentes. Así indica que el cónyuge se ha venido desempeñando como miembro del Ejército del Perú, continuando con su profesión militar percibiendo pensión de cesantía, mientras que la cónyuge accionante no ha podido ejercer alguna profesión u oficio durante dicho lapso sino que por el contrario se ha dedicado a las labores de casa y es con la separación de hecho que se ha truncado su proyecto de vida en común. Así esta Sala Suprema declara **FUNDADO** el recurso de casación, nula la sentencia de vista en el extremo indemnizatorio, revocándose la sentencia apelada; reformándola depusieron que el cónyuge pague a favor de la cónyuge la suma de S/ 5000.00 (cinco mil nuevos soles) por concepto de indemnización por daño moral y daño a la persona.

## CAPITULO V

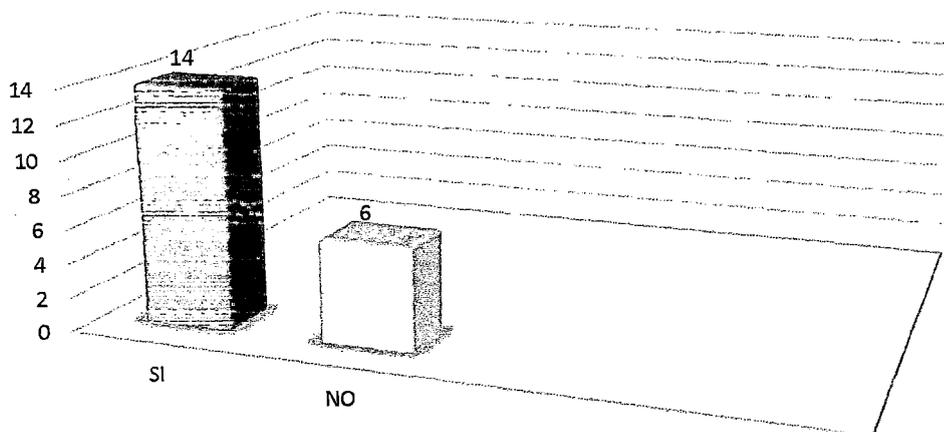
### ENCUESTAS, ANALISIS DE LOS INSTRUMENTOS Y SUS RESULTADOS

#### SECCIÓN I: Encuestas

En la presente sección se exponen 20 encuestas hecha a expertos en la rama del Derecho de Familia. Se buscó la opinión de profesionales que trabajan en el Poder Judicial, así como también a abogados litigantes y defensores de Oficio, con el fin de tener una variedad de criterios y diferentes puntos de vista sobre el tema.

#### 1. ¿Usted cree que se debe incorporar una norma expresa sobre responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial?

GRÁFICO N° 01-INCORPORACIÓN DE UNA NORMA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.



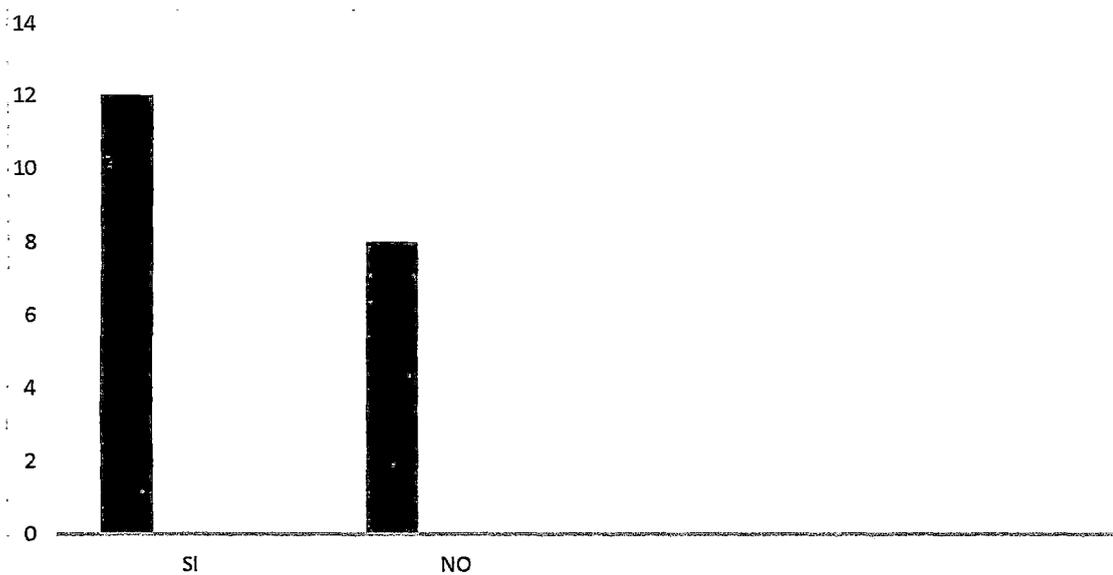
FUENTE: Propia

Lo que se extrae, es que el 70% de los encuestados considera que es necesario la incorporación de una norma expresa sobre responsabilidad civil frente a la oposición a la filiación extramatrimonial y el 30% de los encuestados considera que no es necesario tal incorporación. En conclusión se ve un mayor porcentaje de operadores jurídicos que consideran que sería necesario incorporar una norma expresa que permita que este tipo de responsabilidad civil se sancione y de esa manera interponer una demanda sobre

responsabilidad civil frente a la oposición a la filiación extramatrimonial teniendo en cuenta la importancia de esta institución.

**2. ¿Usted cree que se lesiona el derecho de identidad del menor ante la oposición del progenitor de reconocer a su vástago?**

**GRÁFICO N° 02-LA LESIÓN AL DERECHO DE IDENTIDAD DEL MENOR FRENTE A LA OPOSICIÓN AL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL**

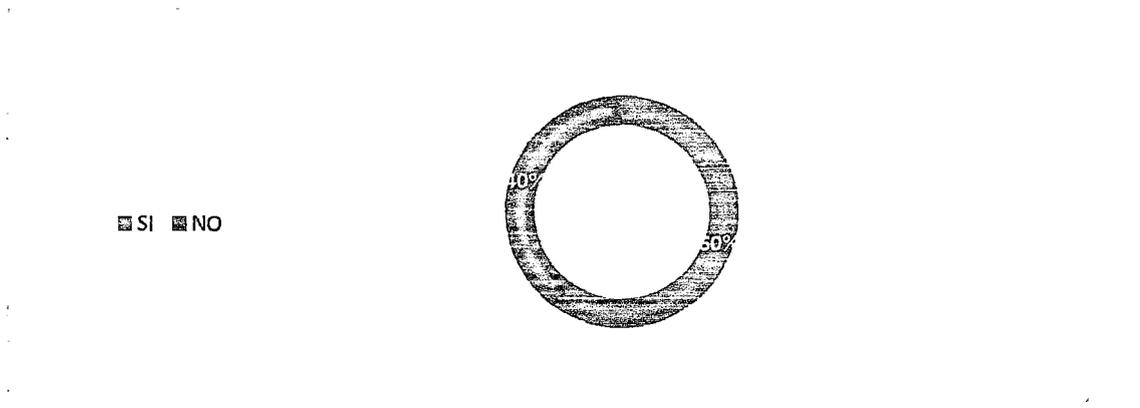


**FUENTE:** Propia

Lo que se extrae, es que el 60% de los encuestados considera que se lesiona el derecho de identidad del menor ante la oposición del progenitor a reconocer a su vástago y el 40% de los encuestados considera que no se lesiona el derecho de identidad del menor ante la oposición del progenitor a reconocer a su vástago. En conclusión se ve un mayor porcentaje de operadores jurídicos que consideran que se lesiona el derecho de identidad del menor ante la oposición del progenitor a reconocer a su vástago teniendo en cuenta la importancia que tiene esta misma, es decir, se lesiona el derecho de identidad del menor el cual tiene que ser reparado, por existir un daño.

**3. ¿Usted Cree que se le puede atribuir responsabilidad civil al padre por no reconocer oportunamente al hijo extramatrimonial?**

**GRÁFICO N° 03: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROGENITOR AL NO RECONOCER A SU VÁSTAGO.**

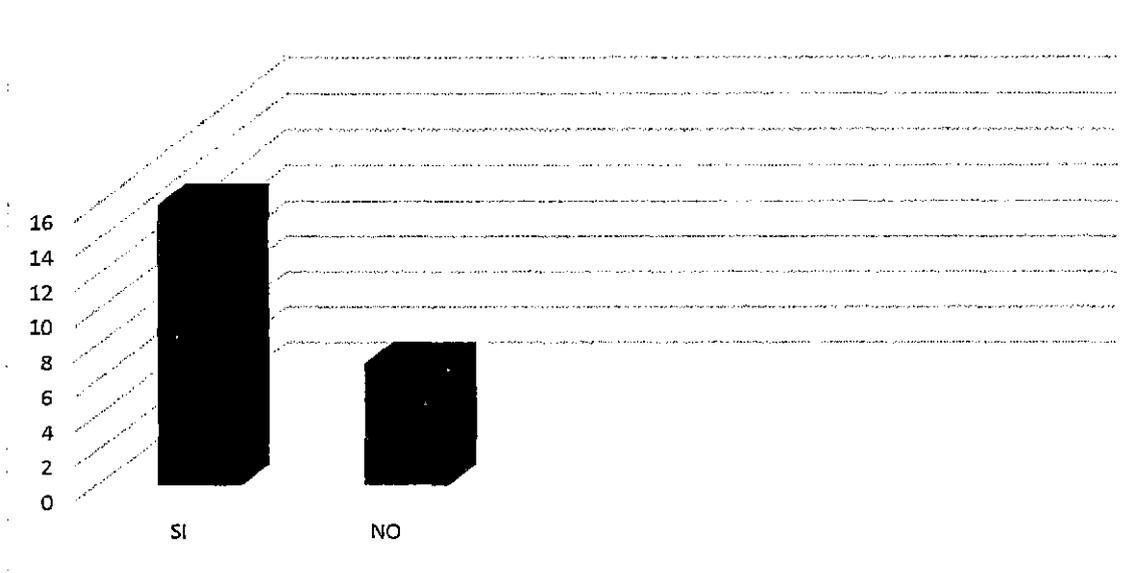


**FUENTE:** Propia

Lo que se extrae, es que el 60% de los encuestados considera que se le debe atribuir responsabilidad civil al padre por no reconocer oportunamente a su vástago y el 40% de los encuestados considera que no se le debe atribuir responsabilidad civil al padre por no reconocer oportunamente a su vástago. En conclusión se ve un mayor porcentaje de operadores jurídicos que consideran que se le debe atribuir responsabilidad civil al padre por no reconocer oportunamente a su vástago y por tanto se hace necesario la tutela efectiva por parte del Estado de este derecho que tiene el hijo no reconocido.

**4. ¿Usted Cree que los daños y perjuicios producidos al menor deben incluirse como pretensión accesoria a la filiación extramatrimonial?**

**GRÁFICO N° 04: LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL HIJO EXTRAMATRIMONIAL SE DEBEN INCLUIR COMO PRETENSIÓN ACCESORIA A LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.**

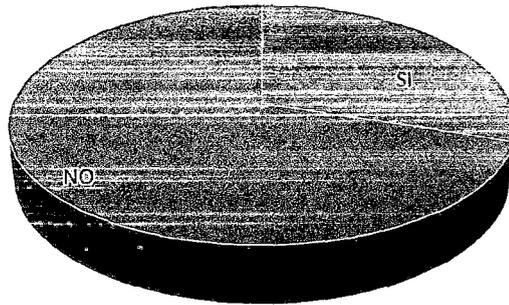


**FUENTE:** Propia

Lo que se extrae, es que el 80% de los encuestados considera que los daños y perjuicios producidos al hijo no reconocido deben incluirse como pretensión accesoria a la filiación extramatrimonial y el 20% de los encuestados considera lo contrario. En conclusión se ve un mayor porcentaje de operadores jurídicos que consideran que los daños y perjuicios producidos al hijo no reconocido deben incluirse como pretensión accesoria a la filiación extramatrimonial, para de ese modo no exista mayor dilación en el proceso que se solicitara causándole mayores daños económicos a la víctima.

**5. ¿Usted cree que debería existir un plazo de prescripción para accionar o para ejercitar el derecho de acción por el daño causado al hijo extramatrimonial por parte de su padre ante la oposición al reconocimiento?**

**GRÁFICO N° 05: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA ACCIONAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL PROGENITOR.**

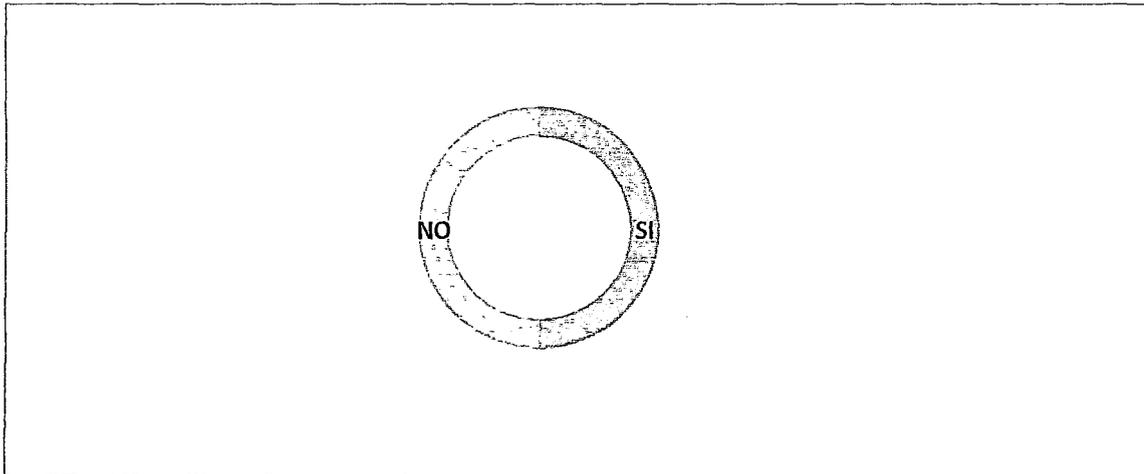


**FUENTE:** Propia

Lo que se extrae, es que el 30% de los encuestados considera que debe existir un plazo de prescripción para accionar o para ejercitar el derecho de acción por el daño ocasionado al hijo extramatrimonial por parte de su progenitor frente a la oposición al reconocimiento y el 70% de los encuestados, considera que no debe existir un plazo de prescripción para accionar o para ejercitar el derecho de acción por el daño ocasionado al hijo extramatrimonial por parte de su progenitor frente a la oposición al reconocimiento. Se desprende que la mayor parte de personas encuestadas considera importante que no debe existir un plazo de prescripción para accionar o para ejercitar el derecho de acción por el daño ocasionado al hijo extramatrimonial por parte de su progenitor frente a la oposición al reconocimiento, ya que es un derecho imprescriptible.

**6. ¿Usted cree que podrían existir causales eximentes de responsabilidad que justifiquen la conducta omisiva del padre en el acto de reconocer al hijo?**

**GRÁFICO N° 06: CAUSALES EXIMENTES QUE JUSTIFIQUEN LA CONDUCTA OMISIVA DEL PROGENITOR QUE NO RECONOCE A SU VÁSTAGO.**

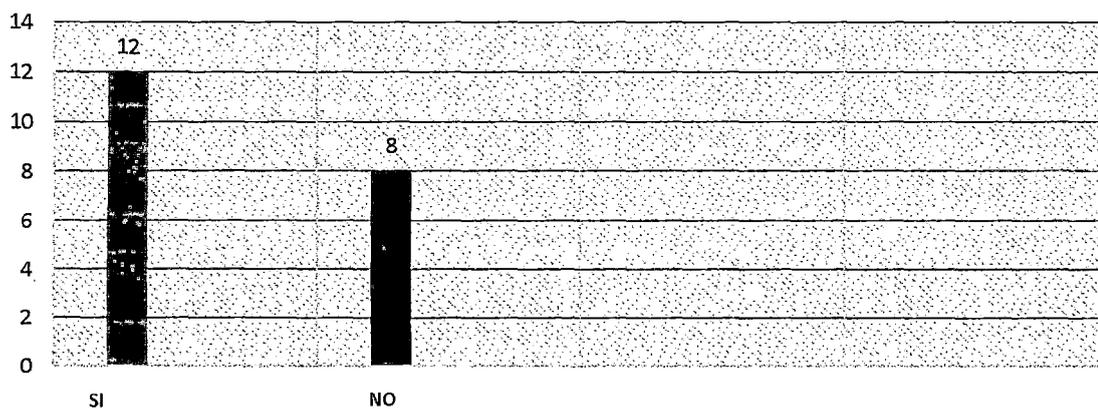


**FUENTE:** Propia

Lo que se extrae, es que el 50% de los encuestados considera que deben existir causales eximentes de responsabilidad que justifiquen la conducta omisiva del padre ante la oposición al reconocimiento y el otro 50% de los encuestados, considera que no deben existir causales eximentes de responsabilidad que justifiquen la conducta omisiva del padre ante la oposición al reconocimiento. En síntesis, en esta pregunta existe una igualdad de encuestados que afirman que debe y no debe existir causales eximentes de responsabilidad que justifiquen la conducta del padre ante la oposición al reconocimiento.

**7. ¿Usted cree que se lesiona el derecho del menor a conocer su origen al no ser reconocido por su padre?**

**GRÁFICO N° 07: LESIÓN DEL DERECHO A CONOCER SU ORIGEN QUE SE PRODUCE AL MENOR AL NO SER RECONOCIDO POR SU PROGENITOR.**

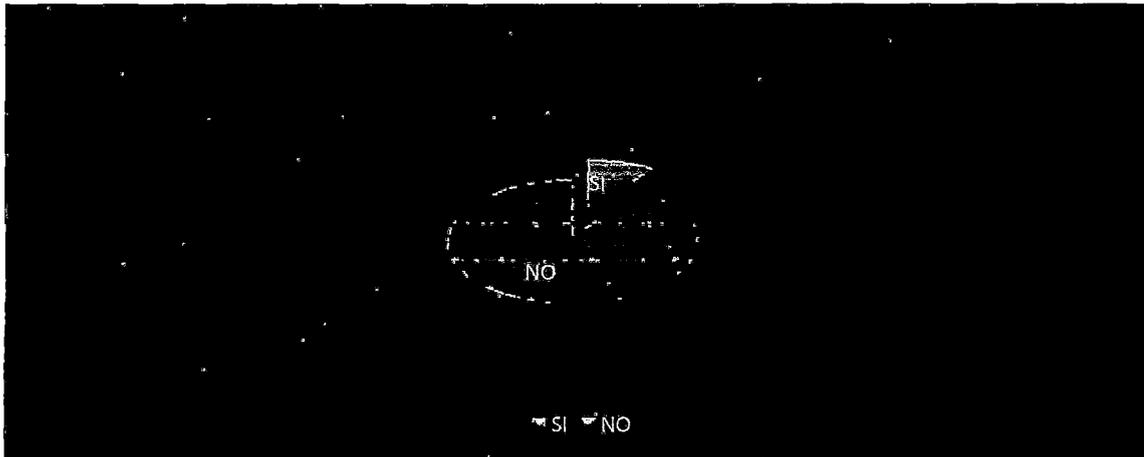


**FUENTE:** Propia

Lo que se extrae, es que el 60% de los encuestados considera que se lesiona el derecho del menor a conocer su origen al no ser reconocido por su progenitor y el 40% de los encuestados, no considera que se lesione el derecho del menor a conocer su origen al no ser reconocido por su progenitor. Entonces se puede afirmar que la mayor parte de los operadores jurídicos afirman que si se lesiona el derecho del menor a conocer su origen al no ser reconocido por su progenitor, es decir, existe una lesión o un daño ocasionado, el cual tiene que ser reparado.

**8. Usted cree que en caso que hubiere una imposibilidad de reconocimiento a la paternidad, específicamente cuando el hijo no puede ser reconocido por el padre biológico por estar la madre casada con otro varón y haber una presunción de paternidad, ¿podría existir algún tipo de responsabilidad?**

**GRÁFICO N° 08: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROGENITOR AL NO RECONOCER A SU VÁSTAGO CUANDO LA MADRE ESTA CASADA CON OTRO VARÓN.**



FUENTE: Propia

Lo que se extrae, es que el 10% de los encuestados considera que existe una responsabilidad civil por parte del progenitor cuando este mismo no puede reconocer al menor porque la madre de su hijo se encuentra casada con otro varón y el 90% de los encuestados, considera que no existe responsabilidad civil por parte del progenitor cuando la madre de su hijo se encuentra casada con otro varón. Se llega a la conclusión de que la mayor parte de los operadores jurídicos afirman que no debe existir una responsabilidad civil por ser la madre la causante de que el progenitor no reconozca a su hijo, ya que esta se encuentra casada con otro varón.

## SECCIÓN II: ANALISIS DE LOS INSTRUMENTOS Y SUS RESULTADOS

### 1.- Filiación extramatrimonial y la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (Ley N° 28457)

Indudablemente todo ser humano tiene un derecho inherente y fundamental a saber quiénes son sus padres. Los hijos producto de la procreación entre un hombre y una mujer no unidos por el vínculo conyugal, se denominan extramatrimoniales por no nacer amparados bajo la presunción legal de paternidad.

Tal como se mencionó anteriormente, la filiación extramatrimonial es aquella que se da fuera del matrimonio, por lo que la persona menor de edad no nace amparada bajo la presunción de paternidad. Al nacer sin una paternidad definida, esta depende de su madre para que

recurra a cualquiera de las distintas figuras de emplazamiento que establece la ley y así establecer su paternidad.

Previo a la promulgación de la Ley de Filiación extramatrimonial, existía una gran cantidad de hijos extramatrimoniales no reconocidos por sus padres. Al no contar con el apoyo emocional y económico de sus parejas, muchas madres no tenían otra opción más que inscribir a su hijo con sus propios apellidos, debiendo asumir todas las responsabilidades y gastos derivados del nacimiento.

Ante esta situación se redactó la mencionada Ley N° 28457, con el fin de encontrar solución a la problemática del alto número de padres que voluntariamente evadían sus responsabilidades como padres, así como también se buscó garantizar el derecho constitucional de toda persona a conocer su identidad.

Es así como se creó esta ley para poder instaurar un proceso más ágil de filiación, con el fin primordial de darle a las madres una herramienta eficaz que le permitiera de forma expedita determinar la paternidad de su hijo y para poder posteriormente solicitar una pensión económica a favor de este.

Del análisis de las normas y del contexto en la cual surgió, queda expuesto que la Ley de Filiación Extramatrimonial no contempló la posibilidad de que la madre pudiera demandar por daños y perjuicios al padre ante la falta de reconocimiento, pues su fin era otro. Por lo tanto, no existe en nuestra legislación una norma expresa sobre el tema de daños producto de la falta de reconocimiento, ante lo cual podría pensarse que es necesaria una reforma legal para habilitar tal pretensión.

**2. Responsabilidad del Padre.-** Un punto esencial que surge a la hora de discutir el tema de la responsabilidad y los daños ante la falta de reconocimiento de hijos extramatrimoniales es determinar si el presunto padre debe interesarse en la aclaración sobre la filiación, es decir, si es responsable o no antes de que reconozca a su hijo. Creemos que la responsabilidad del presunto padre existe aún antes de ser declarado como tal, pues como posible padre de la persona menor de edad debe ayudar a la madre a dilucidar esa situación.

Si bien los mecanismos de filiación se encuentran del lado de la madre, pues es ella quien debe indicar quién es el presunto padre, no puede el padre tomar una actitud totalmente desinteresada y ajena a la filiación de su hijo. Su posible paternidad conlleva tanto

obligaciones como derechos y está en su mejor interés esclarecer si efectivamente es padre o no.

Es por ello que en la presente investigación se realizó encuestas a los diferentes operadores jurídicos quienes tienden a apoyar esta nueva visión de la paternidad, defendiendo la existencia de una responsabilidad. Al respecto se puede ver en el gráfico N° 03, que se encuentra líneas arriba:

*“En la cual se concluye que un mayor porcentaje de operadores jurídicos consideran que se le debe atribuir responsabilidad civil al padre por no reconocer oportunamente a su vástago generando daños materiales y morales y, en consecuencia el correspondiente pago de la indemnización por el daño causado al hijo no reconocido de parte del padre”.*

### **3. Reforma Legal y Derecho Comparado.-**

El reclamo de daños ante la falta de reconocimiento no está contemplado en nuestras leyes de manera expresa. No obstante, consideramos que hay necesidad de introducir una nueva norma en nuestro ordenamiento para habilitar y regular dicha situación, dado que en el estado actual de nuestro marco jurídico, no existe norma alguna que la ampare, ya que para que no existe un lucro con dicho perjuicio ocasionado al menor es necesario introducirle dentro de nuestra norma jurídica, en el proceso contencioso, específicamente al proceso sumarísimo a razón de que en la presente investigación se está tratando este tipo de proceso.

Conforme es de verse en el gráfico N° 01 en el cual claramente se puede observar que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados refieren que: *“Es necesario incorporar una norma expresa que permita que este tipo de responsabilidad civil se sancione y de esa manera interponer una demanda sobre responsabilidad civil frente a la oposición a la filiación extramatrimonial teniendo en cuenta que es necesaria una reforma en nuestra legislación”.*

### **4.- Daños y perjuicios como pretensión accesoria a la filiación extramatrimonial**

Para exigir los daños y perjuicios en virtud del no reconocimiento del hijo extramatrimonial consiste en que los daños sean pedidos conjuntamente con el proceso de filiación extramatrimonial. De esta forma se tratarían como una pretensión accesoria a la acción filial, debiendo primero declararse efectivamente la paternidad a través de la filiación extramatrimonial para poder reclamar los daños correspondientes dentro del mismo proceso.

De esta manera la madre se evita acudir nuevamente a instancias judiciales para interponer un proceso mucho más largo y oneroso.

Creemos que esta posición es mucho más beneficiosa para la madre en varios aspectos, tanto en lo económico, como en la obtención de una respuesta judicial más rápida. Es así como se busca que el proceso sea de rápida conclusión, cumpliendo así con el derecho a una justicia pronta y cumplida. Además, se trata de un proceso sumarísimo, con el fin de que no exista un lucro por parte de la madre o del menor.

Si bien el legislador no pensó en la posibilidad de facultar a la madre para que esta pudiera pedir conjuntamente los daños en este proceso, resulta lesivo negarle la posibilidad de incluir dentro del proceso de filiación extramatrimonial, a favor de su hijo, la pretensión de daños y perjuicios ocasionados por la oposición al reconocimiento, lo cual además se fundamenta en el principio de economía procesal.

No obstante, en caso que no se soliciten los daños en el mismo proceso de filiación extramatrimonial, ello no quiere decir que no puedan solicitarse posteriormente, pues no limita a la madre a reclamar los daños y perjuicios a un único momento procesal.

Es importante acotar que la mayor parte de los profesionales en derecho encuestados consideran, conforme es de verse en el gráfico N° 04 que *"efectivamente los daños y perjuicios producidos a la persona menor de edad sí pueden incluirse como una pretensión accesoria al proceso de filiación extramatrimonial para de ese modo no exista mayor dilación en el proceso que se solicitara causándole mayores daños económicos a la víctima"*.

## **5.- Responsabilidad civil y derecho a la identidad**

Anteriormente mencionamos que, al no darse el reconocimiento, el padre incurre en una violación al derecho de identidad de la persona menor de edad, negándole la posibilidad de usar su apellido, a ser reconocido ante la sociedad como tal, aunado al estigma de ser hijo extramatrimonial, así como también se le niega la posibilidad de hacer valer sus derechos derivados de la relación paterno-filial.

Hemos determinado que cuando se vulnera en forma dolosa o culposa el derecho a la identidad de la persona menor de edad se configura un acto ilícito que, como tal, genera un derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima de la conducta del padre.

La madre también puede resultar víctima de la irresponsabilidad del padre, pues al asumir sola el proceso de crianza de su hijo puede sufrir todo tipo de angustias y aflicciones, además de que puede ser objeto de rechazo y burla ante la sociedad.

En cuanto a la responsabilidad civil, nos encontramos frente a un caso de responsabilidad subjetiva, pues necesariamente existirá una conducta dolosa del padre no reconociente y como consecuencia produce un daño a su hijo y a la madre.

Se trata además de una responsabilidad extracontractual, dado que lo que se da por parte del padre que decide no reconocer a su hijo extramatrimonial es el quebranto del deber jurídico de no dañar a otra persona, es decir, no se trata de la violación de un pacto o acuerdo expreso entre partes.

Además, el acto de que el progenitor se oponga incurre en una responsabilidad civil directa, dado que es el mismo padre quien responde por sus propios hechos, en este caso, la oposición al reconocimiento.

Asimismo, como se puede ver en el gráfico N° 02 la mayor parte de los operadores jurídicos que consideran que *“se lesiona el derecho de identidad del menor ante la oposición del progenitor a reconocer a su vástago teniendo en cuenta la importancia que tiene esta misma, es decir, se lesiona el derecho de identidad del menor el cual tiene que ser reparado, por existir un daño”*.

**6.- Prescripción.-** La acción de reclamación de estado de familia es irrenunciable e imprescriptible, pero el art. 373 del Código Civil declara prescriptible los derechos patrimoniales ya adquiridos. Por lo que, según autorizada doctrina, el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios comienza a correr una vez que la filiación haya quedado definitivamente establecida. Correctamente se afirma al respecto que ambas acciones son irrenunciables anticipadamente. Del mismo modo que no se puede resignar la acción para reclamar la filiación extramatrimonial, es nula la renuncia anticipada a reclamar daños y perjuicios. Asimismo, se establece en el gráfico N° 05, que la mayor parte de los profesionales encuestados considera importante que *“no debe existir un plazo de prescripción para accionar o para ejercitar el derecho de acción por el daño ocasionado al hijo extramatrimonial por parte de su progenitor frente a la oposición al reconocimiento, ya que es un derecho imprescriptible”*.

## CONCLUSIONES

1.- El Derecho ha evolucionado al punto de aceptar la aplicación de los principios de la responsabilidad civil dentro las relaciones familiares, basado en la norma genérica de no dañar y en la revalorización de los miembros de la familia como personas susceptibles de sufrir daños producidos por sus propios familiares. No existe impedimento legal para la aplicación de las normas de responsabilidad civil en el Derecho de Familia, por lo que ante la generación de estos daños, se considera que es injusto que deban soportarse y por ende se debe admitir la reparación civil dentro del ámbito familiar.

2.- La indemnización debe aplicarse cuidadosamente, apegándose siempre al cumplimiento de las reglas de la responsabilidad civil y no de forma indiscriminada. Como lo menciona, Graciela Medina, citando a Vázquez Ferreyra:

"La evolución del Derecho Civil tiende reconocer cada día con mayor amplitud la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales. Ello como corolario lógico del mayor reconocimiento de los derechos de la personalidad y del nuevo sentido del Derecho Civil, que cada día vuelve más su mirada a la persona. Frente a esta nueva concepción que aplaudimos, deben dejarse de lado, de una vez por todas, todos los argumentos que en algún tiempo se han dado para limitar todo reclamo indemnizatorio de perjuicios extrapatrimoniales".<sup>217</sup>

3.- No cabe duda que el tema en cuestión es complejo. Obligar al padre a indemnizar por su conducta puede tener un gran efecto negativo, provocando un gran resentimiento de este hacia la madre e indirectamente hacia el hijo. Lo ideal para el hijo es un reconocimiento a una temprana edad, con lo cual se evita el daño moral, producto de la falta de emplazamiento paterno.

4.- Cuando hablamos de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre no hay duda de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel moral como material. Pero esto no es sólo responsabilidad de la parte masculina de la relación, también la madre puede tener actitudes que, a veces por egoísmo, a veces por venganza hacia una pareja que no funcionó, o por negligencia ante una relación sexual aislada, impide que su hijo goce de derechos que le son reconocidos no solamente en la Constitución Política del Estado sino también en tratados internacionales o incluso en el Código Civil. Aunque socialmente siempre sea más sancionado un padre que se ausenta de sus deberes como tal, no

---

<sup>217</sup> MEDINA, GRACIELA. Op. Cit., p. 169.

debemos perder de vista situaciones como las expuestas con respecto a la madre. Ambos son padres y ambos deben responder por los daños que ocasionen a su hijo por una conducta contraria al ordenamiento legal y cuando no exista una razón jurídicamente relevante que los justifique, es decir, cuando se cumplan los requisitos exigidos para la procedencia de la responsabilidad civil.

5.- Concluimos este trabajo recalcando que no se trata simplemente de castigar actos antijurídicos, sino más bien de darle protección a una persona que ve vulnerados sus derechos por una conducta ajena, que no depende de su voluntad y que no tiene obligación de soportar. Hay una acción de oposición que provoca un perjuicio y el derecho no puede hacer oídos sordos a ello so pretexto de no existir una norma expresa que autorice, en el caso de las relaciones de familia, concretamente frente a la filiación, a reclamar una indemnización.

## RECOMENDACIONES

1. No existe en nuestra legislación una norma expresa sobre el tema de daños producto de la falta de reconocimiento, ante lo cual se requiere urgentemente lograr una modificación de criterios, tanto en la doctrina como en los tribunales respecto al tema de la reparación del daño extrapatrimoniales (daño moral) dentro del derecho de familia.
2. Que se tomen en cuenta las normas en el derecho comparado, para así de ese modo sancionar aquel acto ilícito sufrido por un menor.
3. Debe incorporarse una norma en nuestro Código Civil que claramente exprese sanciones por los daños ocasionados en el derecho de Familia.
4. Debe tenerse por acreditada la existencia del daño, por el solo hecho de la oposición al reconocimiento en la filiación extramatrimonial.
5. Debe tenerse en cuenta que cuando se vulnera en forma dolosa o culposa el derecho a la identidad de la persona menor de edad se configura un acto ilícito que, como tal, genera un derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas de la conducta omisiva del padre.
- 6.- Asimismo se debe tomar en cuenta que la madre también puede resultar víctima de la irresponsabilidad del padre, pues al asumir sola el proceso de crianza de su hijo puede sufrir todo tipo de angustias y aflicciones, además de que puede ser objeto de rechazo y burla.
- 7.- Para cuantificar el daño moral el juez debe tomar en cuenta aspectos tales como: la actitud evasiva del padre para reconocer a su hijo, el rechazo y abandono hacia la madre una vez que se enterará que se encontraba embarazada, el estigma social de madre soltera y de hijo de padre desconocido, el propio sentimiento de rechazo que pudiera sentir el menor por parte de su padre, el daño psicológico producido y las consecuencias en formación de la persona menor de edad, daño producido por la falta de una figura paterna, el tiempo transcurrido entre el nacimiento y la interposición de la acción de filiación, todo ello tomando en cuenta la edad del hijo y la responsabilidad de la madre por no interponer de forma oportuna la acción de filiación.
- 8.- El juez de familia debe valorar y analizar cuidadosamente el caso concreto, pues no existe una fórmula única para cuantificar los costos de daño moral a la persona menor de edad y a su madre, en caso de la oposición al reconocimiento de hijo extramatrimonial. Debe

tener una particular sensibilidad para lograr atender las circunstancias específicas, los intereses y valores en juego de la familia, así como también la unión y estabilidad de la institución familiar, sin dejar de lado la protección al hijo y a la madre como posibles víctimas de daños injustos que no deben ser soportados y en definitiva deben ser debidamente indemnizados.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1.- Libros

- ACUÑA ANZORENA, Arturo. Estudios Sobre la Responsabilidad Civil. Editora Platense, La Plata, 1963.
- ALPA, Guido. Responsabilidad Civil y daños. Traducción de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- BREBBIA, Roberto. El daño moral en las relaciones de familia en Derecho de Familia. libro homenaje al Prof. Dra. Méndez Costa. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.
- BUERES, Alberto. Comentario al art. 1066 en el Código Civil y Normas de Argentina.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. Abeledo Perrot, sétima edición, Buenos Aires, 1989.
- CABELLO OSPINA, Jorge. Responsabilidad Civil. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. 1986.
- CHIOVENDIA, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid- España, 1948.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: "Derecho de Daños". Bosch, Barcelona, 1997.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar Peruano. 6ta. edición, Lima, Librería Studium, t.II, 1987.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Algunas Previsiones sobre el futuro de la R. Civil. Civitas, Madrid, 1997.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. La relación de causalidad en la órbita el Derecho de Daños. Tirant, Valencia, 2000.
- DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría General de la responsabilidad Civil. Bosch, Barcelona, imprenta universitaria de Bogotá, 1996.
- DEIVIS ECHENDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. 14ª edición, Editorial ABC, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1996.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Responsabilidad Extracontractual. Fondo Editorial PUCP, 1988.
- DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV, 3ra. edición, 2da. reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986.

- DUTTO, Ricardo J. Daños ocasionados en las relaciones de familia. 1ra edición. Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi S.R.L., 2006.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- ESTEVILL, Luis Pascual. Tendencias Actuales del Derecho de Daños. En Derecho de Daños, Coordinador: Luis Ribó Duran, Barcelona, 1992.
- FAMA, María Victoria. Derecho Constitucional de Familia: Tomo II, 1ra edición, Buenos Aires-Argentina, Ediar Sociedad Anónima, Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2006.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El daño a la Persona. Editorial Cusco, Lima, 1985.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. La reparación en el proceso penal. Segunda edición, Idemsa, Lima, 2005.
- GONZÁLEZ, Atilio Carlos. Estudios de Derecho Procesal. T. IV. Editorial Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires-Argentina.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. Daño Moral. Su separación y determinación en la negatoria de filiación. L.L., T. 1995.
- GUZMAN BRITO, Alejandro. La Codificación Civil en Iberoamérica. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial. en Derecho de daños. Editorial la Roca, Bogotá, Colombia.
- KRASNOW, Adriana Noemí. Pruebas Biológicas y filiación. UNR Editora, Rosario, 1996.
- LASARTE. Carlos. Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil. Tomo VI, 9na edición, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- LARENZ, Karl. Derecho Civil. Obligaciones. TY.I., Ed. Revista de derecho Privado. Madrid, 1952.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Código Civil Comentado, Argentina.
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Décima edición, Temis, Bogotá, 1998.

- MEDINA, Graciela. Revista del Derecho de Daños N° 06. Daño Moral. Daño extrapatrimonial en el Derecho de familia y el proyecto de código civil unificado de 1998.
- MENDEZ COSTA, María Josefa y D' ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Familia. Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.
- MINYERSKY, Nelly. Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución. Incorporado en la obra La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Atilio Goldemberg Directores Atilio Aníbal Alterini-Roberto M, López Cabana. editorial Abeledo Perrot.
- MOLINA QUIROGA, Eduardo y Lidia E.VIGGIOLA. Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesiones a la identidad. Resarcimiento del daño.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Editorial Temis, Tomo I, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1996.
- MONTERO PIÑA, Fernando. El Daño Moral. 2da edición. San José, Costa Rica: Impresión Gráfica del Este. 2002.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad. en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daños a la persona, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1992.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad en las relaciones de familia. En Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.
- OSTERLING PARODI, Felipe. Indemnización de Daños y Perjuicios. Editorial Cusco, Lima.
- PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Temis, Bogotá, 1981.
- ROCA, Encarna. Derecho de Daños. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ROMANO, Claudio Gustavo. Filiación. Falta de reconocimiento del hijo. Daño Moral. L.L. 1999.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley S.A., 2001.
- SANTOS CIFUENTES. Derechos de daños. edit., La Roca, 1991.
- TORREALBA NAVAS, Federico. Responsabilidad Civil, 1ra edición, San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011.

- TREJOS SALAS, Gerardo Alberto. Derecho de familia costarricense: Tomo II. 1ra edición reimpresión. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, 2005.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de derecho de Familia-Derecho de la Filiación. Tomo IV, mayo 2013, 1ra. Edición, Lima-Perú, Pág. 225- MIRANDA. Ponts. Tratado de Derecho Privado. Tomo IX. 1ra. edición. Campinas, Sao Paulo, Book-seller. 2000.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. La responsabilidad civil contractual y extracontractual, vol. I, Madrid, 1993.
- ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1989.
- ZAVALETA DE GONZALEZ, Matilde: "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños", T.IV, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. La responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causador por su dependiente. Aranzadi, Pamplona, 1995.

## 2.- Páginas web

- LÓPEZ HERRERA, Edgardo en su artículo "Introducción a la Responsabilidad Civil". en el link <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>. [visto el 05 de julio del 2015 a las 7:30pm].
- Organización de los Estados Americanos (OEA). Http: [www.Oas.org/dil/esp/Código\\_Civil\\_de\\_la\\_República\\_Argentina.Pdf](http://www.Oas.org/dil/esp/Código_Civil_de_la_República_Argentina.Pdf) [Consulta: 05 de agosto del 2015].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición. [www.rae.es](http://www.rae.es) [Consulta: 27 de julio del 2015].

# **ANEXOS**

# **MATRIZ DE CONSISTENCIA**

**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	MARCO TEÓRICO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGIA
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p>¿En qué medida incide la ausencia de responsabilidad civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial en el Código Procesal Civil peruano de 1993?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b></p> <p>Investigar cómo incide la no incorporación como asunto contencioso en los procesos sumarísimos en la ausencia de responsabilidad civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial.</p>	<p><b>MARCO TEÓRICO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Estudiar los Antecedentes de la Investigación.</li> <li>- Estudiar las Bases Teóricas de la Investigación.</li> <li>- Estudiar el Marco Conceptual de la Investigación.</li> </ul>	<p><b>HIPÓTESIS PRINCIPAL</b></p> <p>La no incorporación como asunto contencioso en los procesos sumarísimos explica la ausencia de responsabilidad civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial.</p>	<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE (X)</b> Responsabilidad Civil derivada de la oposición a la filiación extramatrimonial.</p> <p><b>INDICADORES.</b> -Número de procesos por responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial.</p> <p><b>VARIABLE DEPENDIENTE (Y):</b> Código Procesal Civil de 1993.</p> <p><b>INDICADORES.</b> - Calidad de Normas que regulan.</p>	<p><b>TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN</b></p> <p>El tipo de investigación es descriptiva y correlacional y se basará en el nivel de investigación racional o metódica.</p> <p><b>MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN</b></p> <p>El método será puro y descriptivo y el diseño será no experimental y transeccional</p> <p><b>TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y FUENTES DE RECOLECCIÓN DE DATOS</b></p> <p>La observación directa simple, y la técnica de análisis documental o revisión de</p>

documentos para la recolección de datos.

**INSTRUMENTOS**

Las técnicas que se emplearan será la encuesta, la entrevista y análisis documental

**FUENTES**

Expedientes del Sexto Juzgado de Paz Letrado referente a la responsabilidad civil frente a la oposición en la filiación extramatrimonial

# MODELO DE LA ENCUESTA

BIBLIOTECA E INFORMACION  
CULTURAL  
U.N.S.C.H.

## ENCUESTA

La presente encuesta tiene por objetivo investigar si existe responsabilidad civil por la oposición al reconocimiento del hijo en la filiación extramatrimonial.

Lea atentamente cada una de las preguntas y marque la que crea por conveniente.

No es necesario incluir su nombre en la presente encuesta

1) ¿Ud. Cree que se debe incorporar una norma expresa sobre responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial?

SI ( )                      NO ( )

2) ¿Ud. Cree que se lesiona el derecho de identidad del menor ante la oposición del progenitor de reconocer a su vástago?

SI ( )                      NO ( )

3) ¿Ud. Cree que se le puede atribuir responsabilidad civil al padre por no reconocer oportunamente al hijo extramatrimonial?

SI ( )                      NO ( )

4) ¿Ud. Cree que los daños y perjuicios producidos al menor deben incluirse como pretensión accesoria a la filiación extramatrimonial?

SI ( )                      NO ( )

5) ¿Ud. Cree que debería existir un plazo de prescripción para accionar o para ejercitar el derecho de acción por el daño causado al hijo extramatrimonial por parte de su padre ante la oposición al reconocimiento?

SI ( )                      NO ( )

6) ¿Ud. Cree que podrían existir causales eximentes de responsabilidad que justifiquen la conducta omisiva del padre en el acto de reconocer al hijo?

SI ( )                      NO ( )

7) ¿Ud. Cree que se lesiona el derecho del menor a conocer su origen al no ser reconocido por su padre?

SI ( )                      NO ( )

8) Ud. Cree que en caso que hubiere una imposibilidad de reconocimiento a la paternidad, específicamente cuando el hijo no puede ser reconocido por el padre biológico por estar la madre casada con otro varón y haber una presunción de paternidad, ¿podría existir algún tipo de responsabilidad?

SI ( )                      NO ( )

# **CASO CONCRETO**

EXP 00942-2013-0-0501-JP-FC-03-Proceso sobre Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial y Acumulativamente Prestación de Alimentos

Demandante: Edith Palomino Saume en representación de su menor hija Emily Lya Nuñez Palomino

Demandado: Javier Nuñez Furo

Pretensión: Declarar la Filiación Judicial de Paternidad extramatrimonial y accesoriamente una pensión alimenticia de Quinientos nuevos soles.

Contestación: No hubo tal relación sentimental para procrear un hijo, además de no tener la capacidad económica pues ya cuenta con otros dos hijos.

Resolución 07 (Sentencia), de fecha 20 de febrero del 2014.

- Declara fundada en parte la demanda interpuesta, declarando la Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial y la suma de Doscientos Cincuenta nuevos soles como prestación de alimentos

EXPEDIENTE N° :  
SECRETARIO :  
CUADERNO : PRINCIPAL 2  
ESCRITO : N° 01  
SUMILLA :  
DEMANDA DE FILIACIÓN JUDICIAL DE  
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y ALIMENTOS

RECIBIDO  
2 MAR 2017  
MESA DE PARTES JUDICIALES  
C. ALZARIZ

**AL JUZGADO DE PAZ LETRADO DE HUAMANGA.**

Yo, EDITH PALOMINO SAUME, identificada con DNI N° 43848537, con domicilio real El Pasaje "Lo Morochucos" N° 170, del Distrito de Distrito Emadi, Provincia de Huamanga, Departamento de Ayacucho y señalando domicilio procesal Av. 26 de Enero N° 401, ambos de esta ciudad, a Ud. Expreso lo siguiente:

**I. PETITORIO:**

Que, invocando Interés y Legitimidad para obrar, en representación de mi menor hija EMILY LYA NUÑEZ PALOMINO de 6 años de edad, interpongo demanda de:

1.1. Filiación Judicial De Paternidad Extramatrimonial y dirigiendo la acción contra su progenitor don JAVIER NUÑEZ FURO, a fin de que el órgano jurisdiccional expida la resolución declarando que el demandado es el padre biológico de mi menor hija EMILY LYA NUÑEZ PALOMINO, por la negativa de reconocerlo voluntariamente ante la Oficina Registral 02052007 de la Municipalidad del Distrito de Jesús María de la Ciudad de Lima.

1.2. Por la Acumulación Objetiva de Pretensiones, Accesoriamente pido la suma de S/ 500.00 (QUINIENTOS NUEEVOS SOLES) mensuales, como asignación de pensión de alimentos a favor de mi menor hija EMILY LYA NUÑEZ PALOMINO.

**II. DEMANDADO:**

Que, vengo a demandar a don JAVIER NUÑEZ FURO, con domicilio real en el Jr. Rioja N° 105, del Distrito de San Juan Bautista, Provincia de Huamanga, Departamento de Ayacucho.

**III. HECHOS QUE FUNDAMENTAN EL PETITORIO:**

Amparo mi demanda en los siguientes enunciados:

PRIMERO.- Que, el año 2006 aproximadamente comencé una relación sentimental con el hoy demandado, producto del cual nació mi menor hija EMILY LYA NUÑEZ PALOMINO el 26 de abril del 2007.

SEGUNDO.- Que, desde que le di la noticia de mi estado de gravidez al demandado, éste se comenzó a incomodar al extremo, tanto así, que huyó a la ciudad de Lima para evadir su responsabilidad de padre. Por la razón antes expuesta, mi persona tuvo que viajar a dicha

Dirección General de Defensa Pública  
Edith Palomino Saume  
REG. C.A.A. N° 1732





6.4.- SALUD.- Es de saber que mi menor hija no cuenta con seguro médico y dada su minoría de edad y que este debería contar con un mínimo de presupuesto para ser evaluado, atendido, curado de enfermedades comunes como gripe, fiebres, etc. Por tanto, al no contar con el acotado seguro el Juzgado debe considerar que los gastos mensuales por este rubro asciende en S/. 50.00 nuevos soles mensuales.

6.5.- RECREACIÓN.- Un adecuado y total desarrollo de un menor requiere necesariamente de recreación, tal como lo recoge nuestra actual legislación, por lo que dichos gastos asciende a la suma de S/. 50.00 nuevos soles mensuales.

SEPTIMO.- Preciso que el demandado percibe una remuneración aproximada de S/ 2, 000.00 (DOS MIL NUEVOS SOLES), como producto de trabajador independiente; puesto que, cuenta con una unidad vehicular propia (camioneta).

OCTAVO.- Que en virtud de lo expuesto precedentemente, es que la recurrente reclama la Filiación Judicial De Paternidad Extramatrimonial y Accesoriamente Alimentos: el pago de una pensión alimenticia de S/ 500.00 (QUINIENTOS NUEVOS SOLES) mensuales por conceptos de alimentación, habitación, vestido, educación y asistencia médica a favor de nuestro menor hijo.

IV. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:

4.1. EN CUANTO A LA FILIACIÓN

4.1.1. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, es una acción que persigue el reconocimiento de un hijo (a) concebido y nacido fuera del matrimonio, por lo que la afectada puede pedirla en cualquier momento, ya que no caduca.

4.1.2. "Se considera que el proceso de reclamación de paternidad debe tramitarse de conformidad con la mencionada en la Ley N° 28457, corriendo traslado de la demanda de Filiación y luego de no producirse oposición, debe declarar judicialmente la paternidad, "Casación N° 3066-2005-Ica.

4.1.3. Amparo, en lo dispuesto por la Ley N° 28457 y su modificatoria Ley N° 29715 de fecha 22-06-2011, Ley N° 29821 de fecha 06.12.2011.

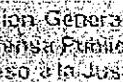
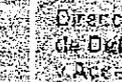
4.2. EN CUANTO A LOS ALIMENTOS

4.2.1. Los artículos 92, 93 y 96 del código del niño y del Adolescente establecen que, alimento es todo aquello indispensable para la subsistencia de una persona.

4.2.1. Artículo 472 del Código Civil, que prescribe que se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la situación y posibilidades de la familia.

4.2.3. Artículo 474 inc. 2, Art. 475 inc. 2 y el Art. 481 del Código Civil; así como lo dispuesto en los artículos 560 y siguientes del código procesal civil.

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Dirección General de Defensa Pública  
ABOGADO JUDICIAL F. F. Galante Sánchez  
REG. C. A. N. N° 1742



#### 4.3. EN CUANTO A LA ACUMULACIÓN OBJETIVA DE AMBAS PRETENSIONES.

4.3.1. El Código Procesal Civil, en su Art. 83 establece que: "En un proceso pueden haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva.

*La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente".*

4.3.2. El Código Procesal Civil, en su Art. 84 establece que: "Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas".

4.3.3. El Código Procesal Civil, en su Art. 84 establece que: "Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que éstas:

1. Sean de competencia del mismo Juez;
2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y
3. Sean tramitables en una misma vía procedimental.

*Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este Código".*

#### V. MONTO DEL PETITORIO:

5.1. En cuanto a la FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL es inapreciable en dinero.

5.2. En cuanto a los ALIMENTOS mi pretensión asciende a la suma de S/ 500.00 (Quinientos Nuevos Soles) mensuales.

#### VI. VIA PROCEDIMENTAL:

Debe tramitarse en la vía del Proceso Especial y es competente su Juzgado, conforme el Art. 57 Inc. 08 del TUO de la LOPJ concordante con la Ley N° 28457 Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial y conforme a lo dispuesto por los artículos 547 y 560 segundo párrafo del código procesal civil.

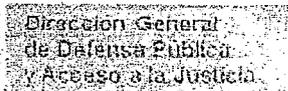
#### VII. MEDIOS PROBATORIOS:

Ofrezco el mérito de los siguientes medios probatorios:

1. El mérito de la Partida de Nacimiento de mi menor hija EMILY LYA NUÑEZ PALOMINO.
2. El mérito de la Copia Simple del DNI. de mi menor hija EMILY LYA NUÑEZ PALOMINO.
3. El mérito de La prueba biológica del ADN. en caso haya oposición y que el costo debe cubrir el demandado.

#### VIII. ANEXOS:

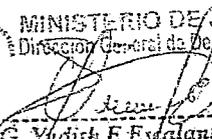
- 1.A. Copia Simple del DNI. de la demandante.
- 1.B. Original de la Partida de Nacimiento de mi menor hija EMILY LYA NUÑEZ PALOMINO.
- 1.C. Copia Simple del DNI. de mi menor hija EMILY LYA NUÑEZ PALOMINO.



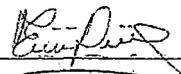
**POR TANTO:**

A usted, señor Juez, pido que se admita a trámite la demanda y en su oportunidad, expida la resolución declarando la filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

PRIMER OTROSÍ DIGO.- Al amparo del Art. 179 y siguientes del Código Procesal Civil y mediante Formato aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Policial, SOLICITO el Auxilio Judicial en cuaderno aparte, por tener recursos económicos escasos que imposibilitan el pago del arancel y cédulas de notificación.

 **MINISTERIO DE JUSTICIA**  
Dirección General de Defensa Pública  
  
-----  
ABOG. Yudish E. Escalante Sánchez  
REG. C.A.A N° 4232

*Ayacucho, 25 de mayo del 2013*

  
-----  
**EDITH PALOMINO SAUME**  
DNI N° 43848537

REPUBLICA DEL PERU REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL  
DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD DNI 3848537

Primer Apellido: PALOMINO  
 Segundo Apellido: SAUME  
 Pte. Nombres: EDITH

Nacimiento: Fecha y Lugar: 29-10-1986 (05040)  
 Sexo: F Estado Civil: S

Fecha Inscripción: 10-11-2004  
 Fecha Emisión: 29-11-2011  
 Fecha Caducidad: 29-11-2018

1 <PER> 3848537 <4  
 8610290F1911286PER <<  
 PALOMINO << EDITH

CONSTANCIA DE RES- PUESTO	CONSTANCIA DE RES- PUESTO	CONSTANCIA DE RES- PUESTO	CONSTANCIA DE RES- PUESTO
CONSTANCIA DE RES- PUESTO	CONSTANCIA DE RES- PUESTO	CONSTANCIA DE RES- PUESTO	CONSTANCIA DE RES- PUESTO

Dep. de Emisión: AYACUCHO Provincia: HUAMANGA Distrito: AYACUCHO  
 Emisión: AYACUCHO, HERRIQUAZA, M. B. L.  
 Obtenido en: Obtenido en: Obtenido en: Obtenido en:  
 Obtenido en: Obtenido en: Obtenido en: Obtenido en:

Grupos de Validación: 201105





3º JUZGADO DE PAZ LETRADO  
EXPEDIENTE : 00942-2013-0-0501-JP-FC-03  
MATERIA : FILIACION EXTRAMATRIMONIAL  
ESPECIALISTA : JUDY CHARITO MORENO HUAMAN  
DEMANDADO : NUÑEZ FURO, JAVIER  
DEMANDANTE : PALOMINO SAUME, EDITH

## AUTO ADMISORIO

### Resolución número UNO.

Ayacucho, dieciocho de Junio del dos mil trece.

#### I. ANTECEDENTES.

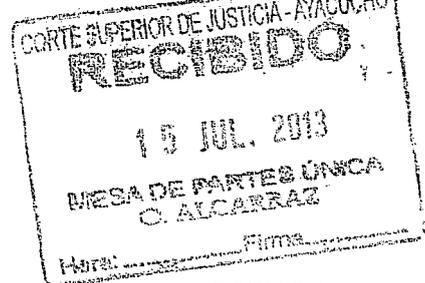
Con la demanda interpuesta por doña **EDITH PALOMINO SAUME**, contra don **JAVIER NUÑEZ FURO**, sobre Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial y accesoriamente Prestación de Alimentos.

#### II.- ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LA DEMANDANTE:

- Del escrito de la demanda, se tiene que doña **EDITH PALOMINO SAUME**, en representación de su menor hija **EMILY LYA NUÑEZ FURO**, interpone demanda de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, dirigiendo la acción contra don **JAVIER NUÑEZ FURO**. Asimismo solicita que referido accionado acuda con una pensión alimenticia de quinientos nuevos soles mensuales (S/. 500.00) a favor de dicha menor.

#### III. FUNDAMENTOS DE LA DECISION:

1. Que, toda persona tiene derecho a la tutela Jurisdiccional efectiva, por lo que procede recurrir al Órgano Jurisdiccional a fin de solucionar un conflicto de intereses, conforme dispone en el artículo I del título Preliminar del Código Procesal Civil.
2. Que, teniendo en cuenta la pretensión que se deduce, para que el órgano jurisdiccional expida resolución declarando la filiación demandada, *de plano, in limine e inaudita altera parte*, en el procedimiento especial introducido a nuestro ordenamiento procesal, es necesario que concurren los presupuestos procesales, las condiciones de la acción y los requisitos especiales previstos por la Ley N° 28457, denominada "Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial", modificada por la "Ley N° 29821", los mismos que se configuran en el presente caso; asimismo la demanda no incurre en los supuestos de inadmisibilidad o improcedencia previstos en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil.
3. Que, la competencia para conocer la pretensión demandada se encuentra atribuida en forma exclusiva al Juzgado de Paz Letrado por el artículo 1° de la Ley N° 29821, concordante con el artículo 408° del Código Civil y el inciso 8) del artículo 57° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
4. Que, para garantizar el efectivo conocimiento del demandado del presente mandato es la notificación que debe realizarse observando escrupulosamente las formalidades establecidas por el artículo 155° y siguientes del Código Procesal Civil, a fin de que el emplazado pueda dentro del plazo de ley formular la oposición y absolver el traslado de la pretensión de alimentos a que se contrae el artículo 2° de la Ley N° 28457 modificada por la Ley N° 29821, o en caso contrario el Juzgado disponga que el mandato emitido se convierta en declaración judicial de paternidad.



ESPECIALISTA : DRA. J. MORENO H.  
EXPEDIENTE : NRO. 942-2013.  
ESCRITO : NO. 01  
CUADERNO : PRINCIPAL.  
SUMILLA : ABSUELVE TRÁMITE DE  
LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

SEÑOR JUEZ DEL TERCER JUZGADO DE PAZ LETRADO DE LA PROVINCIA DE HUAMANGA.

JAVIER NUÑEZ FURO, identificado con D. N. I. No. 23012179, con domicilio real en el Jr. Rioja N° 105, Distrito de San Juan Bautista, Provincia de Huamanga, Departamento de Ayacucho y domicilio procesal en el jirón San Martín N° 443 Tercer Piso Oficina G; en el proceso civil seguida por Edith Palomino Saume, sobre Filiación Extramatrimonial y accesoriamente Prestación de Alimentos; a Ud. me presento y expongo lo siguiente:

Conforme prevé los artículos 442, 443 y 491 del Código Procesal Civil, recorro a vuestro Despacho con la finalidad de ABSOLVER EL TRÁMITE DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, sobre FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y ACCESORIAMENTE PRESTACIÓN DE ALIMENTOS, NEGANDO Y CONTRADIENDOLA EN TODOS SUS EXTREMOS, y a mérito de las pruebas idóneas que ofrezco, deberá DECLARARLA INFUNDADA; por los siguientes fundamentos:

HECHOS EN QUE SE FUNDA LA DEFENSA:

PRIMERO: Señor Juez, el primer considerando de la demanda, es una falacia, que la demandada y el suscrito hayamos iniciado una relación, menos llegar a mantener una supuesta relación sentimental en el año 2006 hasta abril del año 2007; toda vez que, en el tiempo señalado por la

demandante, estuve en la ciudad de Cusco laborando como conductor para una empresa privada "4x4 CUSCO RENT CAR", y que además mi estadía en dicha ciudad se debía al compromiso de padre, ya que mi primer hijo, se encuentra radicando en dicha ciudad con su madre, conforme se encuentra acreditado con el documento de identidad nacional de mi menor hijo.

**SEGUNDO:** Señor Juez, es de precisar que lo vertido por Edith Palomino es absolutamente falso, cuando en realidad mi persona venía una vez al año, estadía que consistía en visitar a mis padres, ya que radican desde hace aproximadamente quince años, **lo cual demuestra lo manifestado por la demandante, de que el hecho de haber mantenido una supuesta relación sentimental, no encuadra con la realidad, el tiempo, ni la lógica;** habida cuenta que para iniciar y mantener una relación sentimental con la persona indicada, parte netamente de un proceso de conocimiento entre dos personas, el afecto, el amor y la madurez de compromiso hacia la persona. Debo señalar que, en el año dos mil cinco durante mi estadía en esta ciudad, conocí a Edith Palomino Saume, en una fiesta por intermedio de un amigo, presentándose con el nombre de "carolina" tiempo en el cual salimos en dos oportunidades, siendo la última para despedirme, porque iba a regresar a la ciudad de Cusco, momento en el cual me manifiesta que se sentía un poco triste y sola, ya que su enamorado de ese entonces, que mantenía una relación sentimental de hace tiempo, había terminado, debido a que tenía que irse a trabajar a la ciudad de Trujillo; a ello debo agregar y señalar que en esa fecha, reconozco haber tenido intimidad con protección, por primera y última vez con la demandante, en un Hostal cercano de la casa que laboraba como empleada doméstica.

**TERCERO:** Señor Juez, respecto al segundo considerando de la demanda es falso; toda vez que mi persona se entera del estado de gravidez de la demandante, pasado un año después, por intermedio del amigo que me había presentado en ese entonces, dicha información recibida por el correo electrónico y que más adelante corroborada por la

demandante; claro está, por dicho medio de comunicación (CORREO ELECTRÓNICO), ya que siempre he trabajado en la ciudad de Cusco, y que en ningún momento mencionó o hizo alusión, en cuanto a la paternidad del hijo esperado en el vientre de la demandante, posterior a ello haber perdido todo tipo de comunicación con la demandante, debido a que mi trabajo consistía en irme a lugares descampados, para una obra.

**CUARTO:** En cuanto al considerando tercero y cuarto, es de precisar que, luego de haber perdido comunicación con la demandante, desconociendo por completo el paradero de la demandante; ya en el año 2008, regresé a la ciudad de Ayacucho debido a una oportunidad de trabajo por parte de mis padres, fecha en la cual conocí a mi actual pareja y madre de mi segundo hijo, Estefany Grey Ayme Rubina, con la cual mantenga una relación estable hasta la actualidad; debo señalar en el año 2011 me llegue a encontrar, después de mucho tiempo, con la hoy demandante Edith Palomino Saume, que siempre se presentó como "carolina", fecha en la cual cruzamos un par de palabras y que a su lado se encontraba una niña, circunstancias que, tampoco, hizo alusión de una paternidad mía, tal como ella expone en la demanda, y que todo lo verificado deviene en una incongruencia lógica de una supuesta paternidad de la menor; y que además pongo en conocimiento que luego de esa fecha, pasado dos meses la hoy demandante Edith Palomino Saume, "carolina" me busco en mi domicilio actual, en un automóvil acompañado de una amiga y el conductor que también era su amigo, haciéndome una invitación para salir al cerro "ACUCHIMAY", momento en el cual me sorprendió de la propuesta hecha por la demandante, "cuanto quieres para que firmes la partida de nacimiento" quedándome atónito por completo, lo cual demuestra que la versión hecha por la demandante es totalmente falsa, maliciosa e inverosímil, conducta que no se ajusta a la verdad; por otro lado, debo señalar que, dentro de la hipótesis o supuesta paternidad o que el suscrito sería el supuesto padre de la niña, no cabe razón ni lógica para entender el silencio de la madre por tanto tiempo, casi siete años de silencio, y que en la actualidad me veo incurso en la presente

demanda, y que sale a la luz una responsabilidad atribuida hacia mi persona de una paternidad sin prueba alguna y contundente, lo cual me encuentro a la fecha sorprendido, con la interposición de la presente demanda y que expone dentro de ella; más aun, no comprendo por que razón o intención registro a lo menor con mi apellido paterno; en consecuencia deviene en mentira y falsa toda versión por parte dada por la demandante, y es notorio el proceder de su mala fe.

**QUINTO:** Señor Juez, en cuanto a la pretensión accesoria, sobre Prestación de Alimentos, de la supuesta paternidad de la niña; a ello debo contradecir y negar respecto al séptimo punto de la presente demanda, en el cual la demandante manifiesta de que el suscrito percibo una remuneración aproximada de S/ 2, 000.00 (DOS MIL NUEVOS SOLES), y cuento con una camioneta propia; a ello es de precisar que no percibo el monto señalado por la demandante, menos cuento con una camioneta propia; ya que la camioneta que hace alusión la demandante pertenece a mi padres conforme acredito con la compraventa, así como la declaración jurada de mis padres en el que señalan, que la camioneta es alquilada por el suscrito, del cual percibo un ingreso aproximadamente de ochenta a noventa nuevos soles diariamente, dinero que es distribuido para el alquiler de la camioneta, que es de S/ 40.00 (CUARENTA NUEVOS SOLES), y el resto del dinero para la pensión alimenticia de mi primer hijo, y para el sustento de mi último hijo que tengo con mi actual conviviente.

**JURISPRUDENCIA:**

- La filiación no puede acreditarse de por sí con una partida de nacimiento inscrita en el Registro respectivo en forma extraordinaria y efectuada al amparo de la Ley N° 25025, careciendo por tanto, al igual que la de bautismo, de efectos hereditarios, porque no aparece el reconocimiento del causante, como su hijo, por lo que esta partida de nacimiento sólo prueba el hecho del nacimiento.

Cas N° 869-96. Cusco. Lima, 17-10-1996, FERNANDEZ ARC, César; Derecho de Sucesiones, PUCP, Lima 2003, T. III., p. 1027.

- "El Artículo 402° inciso tercero del Código Civil establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: **cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vidas de tales; la acepción del concubinato recogida en dicha norma es la amplia, según la cual hay concubinato cuando un varón y una mujer hagan vida de casados sin ser tales, siempre que exista carácter de permanencia o habitualidad en dicha unión, sin ningún otro requisito adicional; en consecuencia las relaciones sexuales esporádicas son insuficientes para configurar el concubinato y para servir de base a una declaración judicial de paternidad fundada en dicho dispositivo".**

Cas. N° 328-96- Lambayeque, El peruano, 14-05-1998, p. 1028.

**MEDIOS PROBATORIOS:**

Ofrezco los siguientes medios probatorios, a fin de que se tengan en cuenta y presente a la hora de emitir la resolución correspondiente.

- 1.- Declaración Jurada de convivencia suscrito con mi actual pareja y conviviente, otorgado por la Notaría "Prado", de fecha 15 de julio del presente año.
- 2.- Declaración Jurada de arrendamiento de camioneta, suscrito por mi persona y mis padres, quienes declaran bajo juramento el alquiler del vehículo de placa de rodaje PD-5653, marca NISSAN.
- 3.- Copia legalizada de la compraventa suscrito, por mis padres con los antiguos propietarios, realizado en el año 2008, en la Notaría "Prado".
- 4.- Copia de DNI de mi primer hijo AARON JEREMI NUÑEZ UNYAS.
- 5.- Copia de DNI de mi segundo hijo AXEL JHAIR NUÑEZ AYME.

**ANEXOS**

- 1.- Copia de mi Documento Nacional de Identidad.
- 2.- Declaración Jurada de convivencia suscrito con mi actual pareja y conviviente, otorgado por la Notaría "Prado", de fecha 15 de julio del presente año.
- 3.- Declaración Jurada de arrendamiento de camioneta, suscrito por mi persona y mis padres, quienes declaran bajo juramento el alquiler del vehículo de placa de rodaje PD-5653, marca NISSAN.
- 4.- Copia legalizada de la compraventa suscrito, por mis padres con los antiguos propietarios, realizado en el año 2008, en la Notaría "Prado".
- 5.- Copia de DNI de mi primer hijo AARON JEREMI NUÑEZ UNYAS.
- 6.- Copia de DNI de mi segundo hijo AXEL JHAIR NUÑEZ AYME.
- 7.- Tasa judicial por ofrecimiento de pruebas
- 8.- Dos cédulas de Notificación.

**POR LO MANIFESTADO:**

A Ud. señor Juez, solicito tener por absuelto el trámite de la contestación a la demanda y declararla INFUNDADA.

Ayacucho, 15 de julio de 2013.

  
**Alvaro Velazco Tenorio**  
**ABOGADO**  
**Registro N° 4483**

  
 DNI: 23012179









José Luis Prado Calderón  
ABOGADO - NOTARIO

VEHICULOS



# PARTE

ACTA NO. OCHOCIENTOS SETENTITULO.-----FOJAS: 435 VTA.-----  
ACTA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD VEHICULAR QUE OTORGA DON RODOLFO SAÑE FLORES A FAVOR DE LOS ESPOSOS DON JULIO FERDINAN NUÑEZ DE LA VEGA Y DOÑA FELIPA PEURO MARQUEZ.-----

**INTERCECCION.**----- EN EL DISTRITO DE SAN JUAN BAUTISTA, PROVINCIA DE HUAMANGA, DEPARTAMENTO DE AYACUCHO, A LOS VEINTICUATRO DIAS DEL MES MARZO DEL AÑO DOS MIL OCHO, ANTE MI, JOSE LUIS PRADO CALDERON, ABOGADO-NOTARIO, DE ESTA CIUDAD, COMPRENEN:-----

**VENDEDOR:** DON RODOLFO SAÑE FLORES, CON DNI.No.20018898, COMERCIANTE, SOLTERO, DOMICILIADO EN EL JR. LOS ROSALES No.230, URBANIZACION JARDIN, DISTRITO DE AYACUCHO, PROVINCIA HUAMANGA, DEPARTAMENTO AYACUCHO.-----

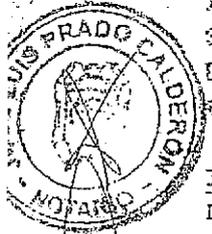
**COMPRADORES:** DON JULIO FERDINAN NUÑEZ DE LA VEGA, CON DNI.No.22972061, CONDUCTOR Y DOÑA FELIPA PEURO MARQUEZ, CON DNI.No.22969292, COMERCIANTE, CASADOS, DOMICILIADOS EN EL JR. RIOJA No.105, DISTRITO DE SAN JUAN BAUTISTA, PROVINCIA HUAMANGA, DEPARTAMENTO AYACUCHO.-----

LOS COMPARECIENTES, SON DE NACIONALIDAD PERUANA, MAYORES DE EDAD, ENTENDIDOS EN EL IDIOMA CASTELLANO, PROCEDEN CON CAPACIDAD PARA CONTRATAR, PLENA LIBERTAD PARA CELEBRAR CONTRATOS Y PLENO CONOCIMIENTO DEL ACTO JURIDICO QUE OTORGAN, DE LO QUE DOY FE; Y, DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO POR EL ART. 76 DEL DECRETO LEY NO.26092-LEY DEL NOTARIADO, EL DECRETO SUPREMO N° 036-2001-JUS, Y HACIENDO USO DE SUS PROPIOS DERECHOS, ME MANIFESTARON QUE POR EL PRESENTE CONTRATO CELEBRAN LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD VEHICULAR, CUYAS CARACTERISTICAS DEL VEHICULO ES COMO SIGUE:-----

PLACA: PD-5653	COLOR: CELESTE REGATA
MARCA: NISSAN	AÑO DE FAB.1,988
MODELO: FLC-D21-SF	MOTOR Nº: Z20-569591
CLASE: ONTA. PICKUP	SERIE Nº: FGD21-A33407
CARROCERIA: BARRANDA	COMBUSTIBLE: GASOLINA

EL PRECIO DE VENTA CONVENIDO ES POR LA CANTIDAD DE US\$ 4,500.00 (CUATRO MIL QUINIENTOS DOLARES AMERICANOS), Y EL VENDEDOR DECLARA QUE CUYO PRECIO DE VENTA HA SIDO TOTALMENTE CANCELADO, EN FORMA AL CONTADO Y EN EFECTIVO, SIENDO LA SUSCRIPCION DEL PRESENTE CONTRATO SUFICIENTE CONSTANCIA DE CANCELACION, SIN RECLAMO ALGUNO EN EL FUTURO.-----

MANIFESTACION DE MEDIO DE PAGO: ART. 7°, INC.) 7.1, b) DEL D.LEG.959 Y D.S.NO.190-2003-EE.- LOS CONTRATANTES NO EXHIBIERON EL MEDIO DE PAGO, PERO SI MANIFESTARON QUE FUE PAGADO EN DINERO EFECTIVO.- EL VENDEDOR DECLARA QUE EL VEHICULO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE CONSERVACION REGULAR Y FUNCIONAMIENTO, Y LOS COMPRADORES ENCUENTRAN A SU ENTERA SATISFACCION, ASUMIENDO LA RESPONSABILIDAD RESPECTO DE SU ESTADO ACTUAL.- ASIMISMO, EL VENDEDOR DECLARA QUE EL VEHICULO NO TIENE INFRACCION, NI GRAVAMEN ALGUNO INSCRITO EN EL REGISTRO DE PROPIEDAD VEHICULAR, NI CONTRATO INSCRITO EN EL REGISTRO FISCAL DE VENTA A PLAZOS, TAMPOCO AFECTACION POR ROBO Y SI LO HUBIERA HASTA LA FECHA, SE OBLIGA AL SANEAMIENTO CONFORME A LEY.-----



ABOGADO NOTARIO EN AYACUCHO

CANTIDAD que en presente copia fotostática es fiel reproducción de su original que se exhibió a la vista. In Juan Enrique Ayacucho

13 JUL 2018

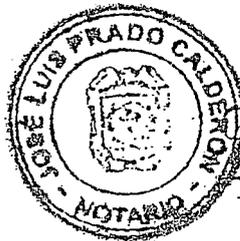
CONCLUSION - FORMALIZADO EL INSTRUMENTO, SE INSTRUYERON A LOS CONTRATANTES DEL OBJETO Y FINES DE LA PRESENTE ACTA, QUE LES FUE LEIDA DE PRINCIPIO A FIN, DESPUES DE LO CUAL SE AFIRMARON Y RATIFICARON EN TODO SU CONTENIDO.- LA PRESENTE ACTA, INICIA SE FOJAS 426 VTA, SERIE 021936 Y CONCLUYE A FOJAS 426 VTA, SERIE NO.021936.- SUSCRIBEN HOY: 24-05-2008.- FIRMAS E IMPRESIONES DACTILARES DE: ROBERTO SANJSE FLORES.- JULIO FERRERAS BUENY DE LA VEGA.- FELIPA DEURC MARQUER.- FIRMADO: JOSE LUIS PRADO CALDERON: ABOGADO-NOTARIO DE SAN JUAN BAUTISTA-AYACUCHO.- UN SELLO DE LA NOTARIA.---

CONCUERDA

CON SU ESCRITURA MATRIZ, QUE SE HALLA EN MI REG. NO.09, A FS.426 VTA, CORRESPONDIENTE AL BIENIO ACTUAL. A SOLICITUD DE PARTE INTERESADA, BREVE CONFRONTACION DE LEY, SE EXPIDE EL PRESENTE

**PARTE**

SAN JUAN BAUTISTA-AYACUCHO, 24 DE MAYO DEL 2,008.



*José Luis Prado Calderón*  
 ABOGADO NOTARIO DE AYACUCHO



CERTIFICO: Que la presente copia fotostatica corresponde exactamente a su original el que tengo a la vista cuya autenticidad legalizo. Hoy 24 de mayo del 2008.

San Juan Bautista de Ayacucho



*José Luis Prado Calderón*  
 ABOGADO NOTARIO DE AYACUCHO



# TESTIMONIO

ACTA NO. OCHOCIENTOS SETENTIUONO.-----FOJAS: 436 VTA.-----  
ACTA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD VEHICULAR QUE OTORGA DON RODOLFO SAUÑE FLORES A FAVOR DE LOS ESPOSOS DON JULIO FERDINAN NUÑEZ DE LA VEGA Y DOÑA FELIPA PFURO MARQUEZ.-----

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
**INTRODUCCION.** - EN EL DISTRITO DE SAN JUAN BAUTISTA, PROVINCIA DE HUAMANGA, DEPARTAMENTO DE AYACUCHO, A LOS VEINTICUATRO DIAS DEL MES MAYO DEL AÑO DOS MIL OCHO, ANTE MI, JOSE LUIS PRADO CALDERON, ABOGADO-NOTARIO, DE ESTA CIUDAD, COMPARECEN:-----

**VENDEDOR:** DON RODOLFO SAUÑE FLORES, CON DNI.No.20016848, COMERCIANTE, EMPLEADO, DOMICILIADO EN EL JR. LOSROSALES No.230, URBANIZACION JARDIN, DISTRITO DE AYACUCHO, PROVINCIA HUAMANGA, DEPARTAMENTO AYACUCHO.-----

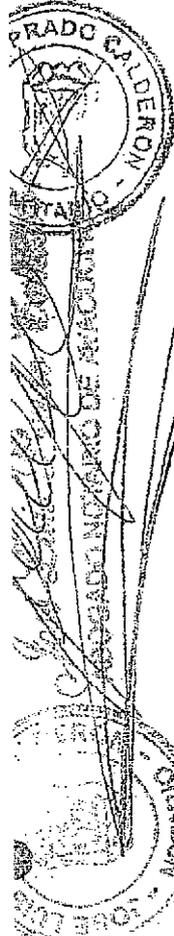
**COMPRADORES:** DON JULIO FERDINAN NUÑEZ DE LA VEGA, CON DNI.No.22972061, CONDUCTOR Y DOÑA FELIPA PFURO MARQUEZ, CON DNI.No.22969292, COMERCIANTE, CASADOS, DOMICILIADOS EN EL JR. RICOJA No.105, DISTRITO DE SAN JUAN BAUTISTA, PROVINCIA HUAMANGA, DEPARTAMENTO AYACUCHO.-----

LOS COMPARECIENTES, SON DE NACIONALIDAD PERUANA, MAYORES DE EDAD, ENTENDIDOS EN EL IDIOMA CASTELLANO, PROCEDEN CON CAPACIDAD PARA CONTRATAR, PLENA LIBERTAD PARA CELEBRAR CONTRATOS Y PLENO CONOCIMIENTO DEL ACTO JURIDICO QUE OTORGAN, DE LO QUE DOY FE; Y, DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO POR EL ART. 78 DEL DECRETO LEY NO.26082-LEY DEL NOTARIADO, EL DECRETO SUPREMO N° 026-2001-JUS, Y HACIENDO USO DE SUS PROPIOS DERECHOS, ME MANIFESTARON QUE POR EL PRESENTE CONTRATO CELEBRAN LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD VEHICULAR, CUYAS CARACTERISTICAS DEL VEHICULO ES COMO SIGUE:-----

**COLOR:** CELESTE REGATA.-----  
**PLACA:** PD-5653.-----  
**MARCA:** NISSAN.-----  
**MODELO:** FLG-D21-SF.-----  
**CLASE:** CMTA. PICKUP.-----  
**CARROCERIA:** BARANDA.-----  
**ANO DE FAB.:** 1988.-----  
**MOTOR NO:** Z20-569591.-----  
**SERIE NO:** FGD21-A33407.-----  
**COMBUSTIBLE:** GASOLINA.-----

EL PRECIO DE VENTA CONVENIDO ES POR LA CANTIDAD DE US\$ 4,500.00 (CUATRO MIL QUINIENTOS DOLARES AMERICANOS), Y EL VENDEDOR DECLARA QUE SUO PRECIO DE VENTA HA SIDO TOTALMENTE CANCELADO, EN FORMA AL CONTADO Y EN EFECTIVO, SIENDO LA SUSCRIPCION DEL PRESENTE CONTRATO SUFICIENTE CONSTANCIA DE CANCELACION, SIN RECLAMO ALGUNO EN EL FUTURO.-----

MANIFESTACION DE MEDIO DE PAGO: ART.7º, INC.) 7.1, D) DEL D.LEG.939 Y D.S.NU.190-2003-EE.- LOS CONTRATANTES NO EXHIBIERON EL MEDIO DE PAGO, PERO SI MANIFESTARON QUE FUE PAGADO EN DINERO EFECTIVO.- EL VENDEDOR DECLARA QUE EL VEHICULO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE CONSERVACION REGULAR Y FUNCIONAMIENTO, Y LOS COMPRADORES ENCUENTRAN A SU ENTERA SATISFACCION, ASUMIENDO LA RESPONSABILIDAD RESPECTO DE SU ESTADO ACTUAL.- ASIMISMO, EL VENDEDOR DECLARA QUE EL VEHICULO NO TIENE INFRACCION, NI GRAVAMEN ALGUNO INSCRITO EN EL REGISTRO DE PROPIEDAD VEHICULAR, NI CONTRATO INSCRITO EN EL REGISTRO FISCAL DE VENTA A PLAZOS, TAMPOCO AFECTACION POR ROBO Y SI LO HUBIERA HASTA LA FECHA, SE OBLIGA AL SANEAMIENTO CONFORME A LEY.-----



Es en la ciudad de Ayacucho, a los 24 días del mes de mayo del año 2008.

CONCLUSIÓN.- FORMALIZADO EL INSTRUMENTO, SE INSTRUYERON A LOS CONTRATANTES EL OBJETO Y FINES DE LA PRESENTE ACTA, QUE LES FUE LEIDA DE PRINCIPIO A FIN, DESPUES DE LO CUAL SE AFIRMARON Y RATIFICARON EN TODO SU CONTENIDO.- LA PRESENTE ACTA, INICIA DE FOJAS 436 VTA, SERIE 021035 Y CONCLUYE A FOJAS 436 VTA, SERIE NO.021036.- SUSCRIBEN HOY: 24-05-2008.- FIRMAS E IMPRESIONES DACTILARES DE: RODOLFO SAUÑE FLORES.- JULIO FERDINAN MUÑEZ DE LA VEGA.- FELIPA BEURO MARQUEZ.- FIRMADO: JOSE LUIS PRADO CALDERON: ABOGADO-NOTARIO DE SAN JUAN BAUTISTA-AYACUCHO.- UN SELLO DE LA NOTARIA.---

CONCUERDA

EN SU ESCRITURA MATRIZ, QUE SE HALLA EN MI REG. NO.09, A FS.436 VTA, CORRESPONDIENTE AL BIENIO ACTUAL. A SOLICITUD DE PARTE INTERESADA, PREVIA PROMPTACION DE LEY, SE EXHIBE EL PRESENTE

# TESTIMONIO

JUAN BAUTISTA-AYACUCHO, 24 DE MAYO DEL 2,008.



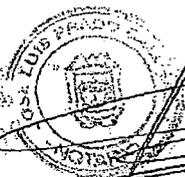
*Jose Luis Prado Calderon*  
ABOGADO NOTARIO DE AYACUCHO



CERTIFICO: Que la presente copia fotostatica corresponde exactamente a su original el que tengo a la vista cuya autenticidad legalizo. Hoy fé.

San Juan Bautista - Ayacucho:

15 JUL 2008



*Jose Luis Prado Calderon*  
ABOGADO NOTARIO DE AYACUCHO



## DECLARACIÓN JURADA

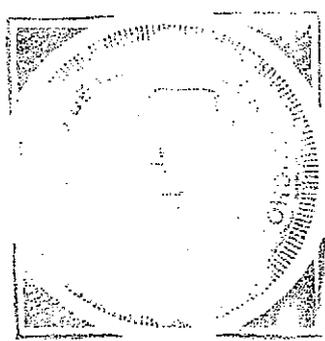
NOSOTROS, DON JULIO FERDINAN NUÑEZ DE LA VEGA, CON DNI.No.22972061, OCUPACION INDEPENDIENTE, ESTADO CIVIL CASADO CON DOÑA FELIPA PFURO MARQUEZ, CON DNI No.22969292, DOMICILIADOS EN EL JR. LOS JASMINES No.183, DISTRITO DE AYACUCHO, PROVINCIA DE HUAMANGA, DEPARTAMENTO AYACUCHO; AL AMPARO DE LO DISPUESTO POR LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS NO.27444, DECLARAMOS BAJO JURAMENTO SER PROPIETARIOS DEL VEHICULO DE PLACA DE RODAJE PD-5653, ASIMISMO DAMOS EN ARRENDAMIENTO A JAVIER NUÑEZ FURO, CON DNI No. 23012179 POR LA SUMA DE S/. 40.00 NUEVOS SOLES DIARIOS, ASIMISMO, DECLARO QUE EN CASO DE FALTAR A LA VERDAD, VIOLANDO LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD, ME SOMETO A LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO PENAL Y NORMAS CONEXAS.

AYACUCHO, 12 DE JULIO DEL 2,013.

  
  
 -----  
 JULIO FERDINAN NUÑEZ DE LA VEGA  
 DNI No. 22972061

  
  
 -----  
 FELIPA PFURO MARQUEZ  
 DNI No. 22969292

CERTIFICO: QUE ES AUTÉNTICA LA FIRMA, RÚBRICA Y HUELLA DIGITAL DE: JULIO FERDINAN NUÑEZ DE LA VEGA, IDENTIFICADO CON DNI.No. 22972061 Y DOÑA FELIPA PFURO MARQUEZ, CON DNI No. 22969292, PREVIA IDENTIFICACIÓN LEGALIZO EN SAN JUAN BAUTISTA-AYACUCHO, A 12 DÍAS DEL MES DE JULIO DEL 2,013.



  
 -----  
 ABOGADO NOTARIO DE AYACUCHO

# NOTARIA PRADO

AV. RAMON CASTILLA No.184

Telex: 066-326646

SAN JUAN BAUTISTA - AYACUCHO

## DECLARACIÓN JURADA

YO: ESTEFANI GREY AYME RUBINA, IDENTIFICADA CON DNI.NO.46901472, OCUPACIÓN SU CASA, ESTADO CIVIL SOLTERA, DOMICILIADA EN JR RIOJA 105 , DISTRITO DE SAN JUAN BAUTISTA , PROVINCIA DE HUAMANGA, DEPARTAMENTO DE AYACUCHO; AL AMPARO DE LO DISPUESTO POR LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS NO.27444, DECLARO BAJO JURAMENTO, "QUE DESDE EL AÑO 2009;YO DOÑA ESTEFANI GREY AYME RUBINA VENGO CONVIVIENDO DE MANERA PACIFICA CON DON. JAVIER NUÑEZ FURO IDENTIFICADO CON DNI 23012179 Y QUE AMBOS TENEMOS UN HIJO CUYO NOMBRE ES AXL JHAIR NUÑEZ AYME QUIEN A NACIÒ EL 02 DE AGOSTO DEL 2010 ";.-ASIMISMO, DECLARO QUE EN CASO DE FALTAR A LA VERDAD, VIOLANDO LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD, ME SOMETO A LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO PENAL Y NORMAS CONEXAS.

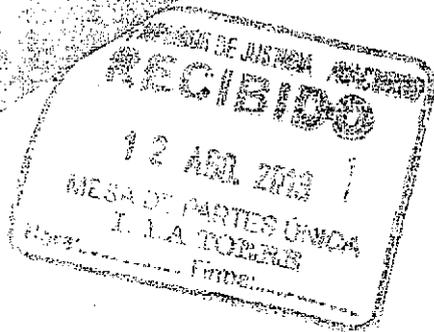
AYACUCHO, 15 DE JULIO DEL 2,013.

  
-----  
ESTEFANI GREY AYME RUBINA  
DNI. 46901472.

CERTIFICO: QUE ES AUTÉNTICA LA FIRMA, RÚBRICA Y HUELLA DIGITAL DE: ESTEFANI GREY AYME RUBINA, CON DNI.NO. 46901472., PREVIA IDENTIFICACIÓN LEGALIZO EN SAN JUAN BAUTISTA-AYACUCHO, A LOS 15 DÍAS DEL MES DE JULIO DEL 2,013.-----



  
ABOGADO NOTARIO DE AYACUCHO



EXPEDIENTE : NRO. 0942 - 2013  
ESPECIALISTA : Dr.  
ESCRITO : NO. 02  
CUADERNO : PRINCIPAL.  
SUMILLA : CUMPLIMIENTO EN SEÑALAR EL  
LABORATORIO CLÍNICO Y OTRO

SEÑOR JUEZ DEL SEXTO JUZGADO DE PAZ LETRADO DE LA PROVINCIA DE HUAMANGA.

JAVIER NUÑEZ FURO, en el proceso civil seguida por Edith Palomino Saume, sobre Filiación Extramatrimonial y accesoriamente Prestación de Alimentos; a usted digo:

Que, habiendo sido notificado con la resolución, en el que se resuelve declarar la oposición a la demanda interpuesta por la demandante; mediante el presente CUMPLIMIENTO EN SEÑALAR EL LABORATORIO CLÍNICO, (Clínica "Mariscal Cáceres") Ubicado en la urbanización Mariscal Cáceres, Manzana "A" Lote 38, Distrito de Ayacucho, Provincia de Huamanga, lugar donde se cursará oficio; del mismo modo, cumpro en precisar la observación hecha, en cuanto a las pruebas presentada en la contestación de la demanda, debo precisar que el documento de la declaración jurada de ingresos por parte del suscrito, son actualizadas, conforme se observa la copia legalizada, con la rubrica del Notario Público, la cual se ajusta a la verdad.

**POR TANTO:**

A usted, Señor Juez, téngase por cumplido en señalar el Laboratorio clínico, conforme a ley.

Ayacucho, 12 de agosto de 2013.

EDWIN GUZMÁN JANANTEA  
ABOGADO  
C.A.A. 1039

Javier Nuñez Furo

DNI: 2301279

6° JUZGADO DE PAZ LETRADO  
EXPEDIENTE : 00942-2013-0-0501-JP-FC-03  
MATERIA : FILIACION EXTRAMATRIMONIAL  
ESPECIALISTA : TEODORO ANGEL CONTRERAS CARRASCO  
DEMANDADO : NUÑEZ FURO, JAVIER  
DEMANDANTE : PALOMINO SAUME, EDITH

Resolución Nro. DOS  
Ayacucho, veintiséis de julio del dos mil trece.

### AUTO DE TIENE POR FORMULADA LA OPOSICIÓN

#### I.- MATERIA:

Es objeto de la presente decisión si corresponde tener por formulada la oposición.

#### II.- ANTECEDENTES

Mediante resolución número 01, de folios 09 y siguiente, su fecha 18 de junio del dos mil trece, se resolvió **ADMITIR en vía especial**, la demanda de filiación de paternidad extramatrimonial y prestación de alimentos, formulada por **EDITH PALOMINO SAUNE**, contra **JAVIER NUÑEZ FURO**— presunto progenitor del referido menor.

#### III.- FUNDAMENTOS DE LA DECISION

3.1.- Que, la Ley número 29715, que modifica el artículo 2 de la ley 28457 que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, establece que; "La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes, en caso contrario el juez debe rechazarla de plano. El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil".

3.2. Que, con el escrito de fecha 15 de julio del dos mil trece el demandado **JAVIER NUÑEZ FURO**, ha presentado dentro del plazo que establece la ley, su oposición al mandato de declaración judicial de Filiación de Paternidad, comprometiéndose para tal efecto a someterse a la realización de la prueba biológica del ADN.

3.3. Que, la Ley antes citada señala que el costo de la aplicación de la Prueba Pericial del ADN, será abonado por el demandado en el momento de la toma de muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil y que el ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo;

Por estos fundamentos y en uso de la facultad conferida por la Constitución Política del Perú, decido:

#### III.- DECISION

- a. **TENER POR APERSONADO A DON JAVIER NUÑEZ FURO**, en mérito a la copia de su documento nacional de identidad que adjunta, y por señalado su domicilio real y procesal que indica, para fines de las ulteriores notificaciones a las que hubiere lugar.
- b. **TENER POR FORMULADA LA OPOSICION** por don **JAVIER NUÑEZ FURO**, al mandato de fojas 10 y siguiente, en los seguidos por doña **EDITH PALOMINO SAUNE**, sobre **FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y ACCESORIAMENTE ALIMENTOS**, en consecuencia **PRACTIQUESE** la Prueba Pericial de ADN, con muestras de la demandante, el menor y el presunto padre, debiendo el demandado en un plazo de cinco días a partir de la notificación con la presente resolución **CUMPLIR** con señalar el Laboratorio que ha de practicar dicha prueba, adjuntando el recibo de pago por dicho concepto o el contrato correspondiente.

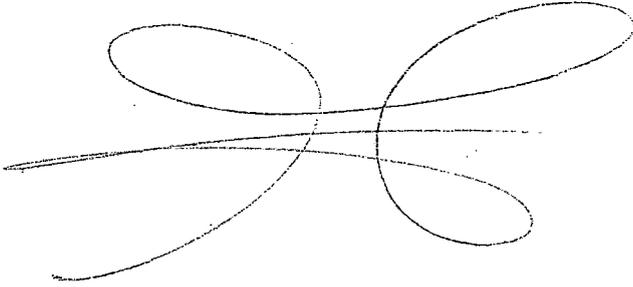
Juan Contrado Bedezú Villena

JUEZ (a)

Juzgado de Paz Letrado de Huamanga

Mery Cárdenas Enríquez  
SECRETARÍA JUDICIAL

- c. Asimismo, sin perjuicio a ello cumpla con adjuntar la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o del documento que legalmente la sustituye y/o la certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada, conforme lo dispone el artículo 565 del Código Procesal Civil;
- d. Avocándose al conocimiento del presente proceso el Juez que suscribe y actuando con la Secretaria Judicial que da cuenta.
- e. **NOTIFIQUESE** a las partes conforme a Ley.

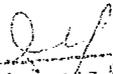
A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke.A smaller handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'M.E.'.

Mery Cárdenas Enriquez  
SECRETARIA JUDICIAL  
Gto. Juzgado de Paz Letrado de Huamanga  
Corte Superior de Justicia de Ayacucho/P.I.

6° JUZGADO DE PAZ LETRADO  
EXPEDIENTE : 00942-2013-0-0501-JP-FC-03  
MATERIA : FILIACION EXTRAMATRIMONIAL  
ESPECIALISTA : MERY CARDENAS ENRIQUEZ  
DEMANDADO : NUÑEZ FURO, JAVIER  
DEMANDANTE : PALOMINO SAUME, EDITH

Resolución número: **TRES**  
Ayacucho, veintiocho de agosto del dos mil trece.

Dado cuenta con el escrito que antecede, mediante el cual el demandado cumple con señalar el laboratorio Clínico para la toma de muestras y atendiendo a lo solicitado. **TENGASE** presente para los fines de ley. y en consecuencia **OFÍCIESE** a la Clínica Mariscal Cáceres de esta ciudad, a fin de que designe un profesional competente, para la t diligencias de toma de muestras que se llevará a cabo en el Despacho de este Juzgado, debiendo asistir el demandado, la demandante y el menor Emily Lya Nuñez Palomino. Reasumiendo la actuación de la Secretaria Judicial por t disposición superior, a partir del diecinueve de de agosto del año en curso,. Con conocimiento de las partes procesales.

  
Mery Cárdenas Enriquez  
SECRETARIA JUDICIAL  
6to. Juzgado de Paz Letrado de Huamanga  
Corte Superior de Justicia de Ayacucho/P.J.

6° JUZGADO DE PAZ LETRADO  
EXPEDIENTE : 00942-2013-0-0501-JP-FC-03  
MATERIA : FILIACION EXTRAMATRIMONIAL  
ESPECIALISTA : ALEX OMAR SOLIS CASTRO  
DEMANDADO : NUÑEZ FURO, JAVIER  
DEMANDANTE : PALOMINO SAUME, EDITH

## SENTENCIA

Resolución Nro. **SIETE**  
Ayacucho, veinte de febrero del dos mil catorce

### I. MATERIA:

Proceso sobre Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial acumulativamente Prestación de Alimentos, seguido por **EDITH PALOMINO SAUME** en representación de su menor hija **Emily Lya Núñez Palomino** en contra de **JAVIER NUÑEZ FURO**.

### II. PETITORIO Y ARGUMENTOS DE LA DEMANDA:

**2.1.** La demandante **EDITH PALOMINO SAUME**, pretende que, se declare fundada la Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial y se expida resolución declarando que el demandado es el padre biológico de su menor hija **Emily Lya Núñez Palomino** y accesoriamente formula demanda de Prestación de Alimentos, a fin de que el demandado le asista con la suma **QUINIENTOS y 00/100 NUEVOS SOLES, (s/. 500.00)** acción que la dirige contra **JAVIER NUÑEZ FURO**, fundando su petitorio en lo siguiente.

**2.2.** La recurrente sostiene que el año 2006 comenzó una relación sentimental con el hoy demandado, producto del cual nació su menor hija **Emily Lya Núñez Palomino**, el 26 de abril de 2007, teniendo a la fecha **SEIS** años de edad. Agrega que el demandado al enterarse de su embarazo huyó a la ciudad de Lima, para evadir su responsabilidad de padre.

**2.3.** Finalmente, afirma que el demandado percibe un ingreso mensual de dos mil nuevos soles (S/. 2 000.00) producto de trabajar independientemente, al contar con un vehículo propio (camioneta).

### III. CONTRADICCIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

**3.1** El demandado mediante escrito de las páginas 26/31, absuelve el traslado de la demanda negando y contradiciéndola en todos sus extremos, señala que no existió tal relación sentimental que refiere la demandante, toda vez que no encuadra con la realidad, el tiempo y la lógica.

**3.2.** Respecto a la pretensión acumulativa, refiere que tiene dos hijos de nombres Aaron Jeremi Núñez Unyas de **quince** años de edad y Axl Jhair Núñez Ayme de **tres** años de edad.

**3.3.** Por último, señala que el vehículo al cual hace referencia la demandante, es de propiedad de sus señores padres, el mismo que le es alquilado a razón de cuarenta soles diarios.

### IV. DECURSO DE LOS ACTOS PROCESALES:

**4.1.** Mediante resolución de la página 10 se admite a trámite la demanda formulada por doña Edith Palomino Saume, disponiéndose el emplazamiento del demandado con la demandada, sus anexos y el auto admisorio, lo que se verificó mediante constancia de la página 13.

**4.2.** El demandado por escrito de la página 26/31 absuelve la demanda, la que fue admitida mediante resolución de la página 32, mediante el cual se le concedió un

plazo de 5 días al demandado a efecto de que señale el laboratorio que practicara la prueba de ADN y adjuntar el recibo del pago correspondiente; mediante resolución de páginas 46, se requirió al demandado a efecto de que adjunte el pago por el íntegro de dicha prueba, y por resolución de páginas 53, se requirió por última vez al demandado a efecto de que cumpla con presentar la documentación antes requerida, concediéndole un plazo de tres días, el mismo que le fuera notificado el 20 de enero de 2014, conforme es de verse en la constancia de notificación de fojas 54; requerimientos que no fueron cumplidos por el demandado.

Consecuentemente el estado del proceso es el de emitir sentencia.

## **V. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA:**

### **5.1. DE LA FILIACION JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL**

**5.1.1** Conforme prevé el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, toda persona tiene derecho a su identidad; es decir, “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.<sup>1</sup> El artículo 19° del Código Civil prescribe: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”, por tanto todo ser humano tiene derecho de identificarse con los apellidos paternos de su padre y de su madre, en aplicación del artículo 20° de Código Civil.

**5.1.2.** En este contexto, es preciso referir que, el tercer párrafo del artículo 6° de la Constitución Política del Estado: “Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”, norma que deberá tenerse en consideración, pues de emitirse la declaración judicial de paternidad, una vez consentida y ejecutoriada, será inscrita en el Registro de Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Huamanga.

**5.1.3.** Adicionalmente conforme lo prevé el artículo 2° de la ley número 29032, cuando se produzca el reconocimiento de paternidad voluntaria o judicial de paternidad, con posterioridad a la fecha de inscripción, el registrador o funcionario encargado del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil o de las Oficinas Registrales autorizadas por éste, de oficio y en un plazo no mayor de tres días útiles siguientes de realizada la anotación de la declaración de paternidad, asienta una nueva partida o acta de nacimiento. En ella sólo se consigna como dato, la referencia a la partida o acta expedida inicialmente, o en su caso; el código único de identificación otorgado al momento de la inscripción.

**5.1.4.** Teniendo en cuenta la pretensión que se deduce, para que el órgano jurisdiccional expida resolución declarando la Filiación por Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial, en el procedimiento especial introducido a nuestro ordenamiento procesal, es necesario que concurren los presupuestos procesales, las condiciones de la acción y los requisitos especiales previstos por la Ley 28457, modificado por ley 29821, realizada una revisión de la demanda se desprende que ésta cumple dichos requisitos y además no se encuentra incurso en los supuestos de inadmisibilidad o improcedencia previstos en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil.

**5.1.5.** La competencia para conocer la pretensión demandada se encuentra atribuida en forma exclusiva al Juzgado de Paz Letrado por el artículo 1 de la Ley 28457, modificado por ley 29821, concordante con el artículo 408 del Código Civil y el inciso 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Que, la legitimidad activa de la demandante se halla reconocida por el artículo 407 del Código Civil que señala que: la acción corresponde sólo al hijo, quien al ser menor de edad viene a ser representada

<sup>1</sup> Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño

por su señora madre; mientras que la legitimación pasiva le corresponde al padre, artículo 407 del mismo cuerpo legal.

**5.1.6.** En el presente proceso doña Edith Palomino Saume, demanda la Filiación por Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial, a fin de que se expida resolución declarando como el padre de su menor hija **Emily Lya Núñez Palomino**, al demandado don Javier Núñez Furo, sustentado en el hecho que fruto de sus relaciones sexuales mantenidas en época coetánea a la concepción del menor y haber tenido una relación sentimental con el hoy demandado el año 2006, procreando a la menor antes mencionado, quien a la fecha no se encuentra debidamente reconocida por su progenitor.

**5.1.7.** Habiéndose notificado válidamente al demandado Javier Núñez Furo, con el mandato judicial de declaración de paternidad extramatrimonial, éste por escrito de la página 26/31, se opone a la declaración de paternidad negando y contradiciéndola en todos sus extremos, señala que no existió tal relación sentimental que refiere la demandante, toda vez que no encuadra con la realidad, el tiempo y la lógica; sin embargo, **el demandado fue requerido hasta en tres oportunidad** (resolución N° 02, 04 y 05) a efecto de que adjunte el pago por concepto de la prueba científica de ADN; bajo apercibimiento de declararse la paternidad solicitada; no obstante a ello, el demandado no cumplió con adjuntar tal pago.

**5.1.8.** Conforme dispone el artículo 2 de la Ley número Ley 28457, modificado por ley 29821 no basta con que el demandado se obligue a la realización de la prueba de ADN para oponerse al mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, sino fundamentalmente asumir el pago de dicha prueba científica; en el caso de autos el demandado no efectuó el pago respectivo; siendo así, teniendo en cuenta qué, cuando el resultado de la prueba de ADN es positivo, se declara infundada la oposición y fundada cuando el resultado es negativo; en el presente caso, no habiendo efectuado la prueba de ADN, corresponde declarar improcedente la oposición formulada.

**5.1.9.** El prenombre de la menor cuya filiación se pretende es **Emily Lya** y conforme a lo señalado en la presente resolución dicho hijo tiene, como toda persona, el Derecho a la Identidad, correspondiéndole sus prenombrados y los apellidos paternos de sus progenitores, en aplicación al artículo 20° del Código Civil que dispone: "*Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre*"; por lo que teniendo en consideración que, el demandado se identifica como **JAVIER NÚÑEZ FURO** y la demandante como **EDITH PALOMINO SAUME**, en consecuencia corresponde a la hija ser identificada correctamente con el nombre de **Emily Lya Núñez Palomino**.

## **5.2. DE LOS ALIMENTOS:**

**5.2.1.** La institución alimentaria es de orden e interés público. Los alimentos cumplen una función social y tienen su fundamento en la solidaridad humana, por lo que tienen derecho a ellos quienes carecen de lo necesario y obligación de darlo quienes tienen la posibilidad económica para satisfacerlos total o parcialmente; en este caso, como en cualquier otro en donde se tenga que aplicar la legislación especial del menor, se debe tener presente al momento de resolver la aplicación del Interés Superior del Niño, principio jurídico en virtud del cual las normas legales, aplicables a los menores deben ser interpretadas de manera especial, puesto que recae en una persona que aún no tiene la edad legal para defenderse por sí mismo y al que se debe proteger.

**5.2.2.** En el derecho alimentario, el estado de necesidad del acreedor alimentario menor de edad, se presume (presunción *luris Tantum*); en tanto que para declarar su derecho y fijar la prestación, sólo deberá acreditarse el entroncamiento con el demandado. Esta presunción resulta siendo lógica, en tanto que el menor de edad, por su estado de incapacidad natural, no genera ingresos con los cuales pueda satisfacer sus necesidades, estando toda la etapa evolutiva bajo la dependencia de sus padres, viviendo un período de insuficiencia y veces de carencias; las que debe ser cubierta

por aquellos que los trajeron al mundo, los padres y a falta de ellos, concurren los demás parientes según el orden de prelación establecida por ley.

**5.2.3.** Conforme se ha expuesto en el rubro fundamentos de la sentencia: de la filiación judicial de paternidad extramatrimonial, se ha establecido el vínculo familiar entre el demandado y la menor **Emily Lya**, esto es, el demandado Javier Núñez Furo, es el padre del alimentista, así como se ha acreditado la minoridad de la niña, pues a la fecha cuenta con **seis años de edad**; consecuentemente, el demandado tiene el deber de acudir con alimentos la referida menor, quien se encuentra en plena etapa de desarrollo psicobiológico, por lo que sus necesidades de alimentos son indispensables e impostergables.

**5.2.4.** Si bien es cierto la pensión de alimentos debe fijarse en virtud de los medios probatorios incorporados al proceso, en el presente caso la demandante ha señalado tener un ingreso de dos mil nuevos soles (S/. 2 000.00), asimismo el demandado en su escrito de absolución (26/31), refirió tener un ingreso de ochenta a noventa soles diarios, del cual tiene que pagar la suma de cuarenta soles por alquiler, siendo así se tiene que el demandado tiene un ingreso de cuarenta a cincuenta soles, de lo que se tiene un ingreso entre un mil doscientos y un mil quinientos nuevo soles mensuales; el cual se valorará con la reserva del caso, al ser una declaración unilateral; y teniendo que no se ha acreditado fehacientemente el ingreso mensual del mismo, sin embargo, teniendo en cuenta el interés superior del niño, ello no es óbice para fijar un monto determinado por concepto de pensión alimenticia.

**5.2.5.** En consecuencia estando acreditado que el menor alimentista viene soportando un estado de necesidad, asimismo habiéndose corroborado que el demandado cuenta con capacidad económica, en consecuencia se debe fijar la pensión alimenticia en la suma de doscientos cincuenta Nuevos Soles (s/. 250.00), teniendo en cuenta que el demandado acreditó documentadamente tener otras obligaciones alimentarias (2 hijos).

## **VI. JUICIO DE SUBSUNCIÓN:**

Estando a los considerandos que anteceden se concluye que los hechos debidamente acreditados se subsumen dentro de los supuestos de hecho de las normas glosadas como fundamentación jurídica de la presente, por ende debe ampararse la demanda y fijarse una pensión alimenticia con un criterio de equidad y proporcionalidad.

## **VII. DECISIÓN:**

Por los fundamentos fácticos y jurídicos glosados, en virtud del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Perú, impartiendo Justicia a Nombre de la Nación, **SE RESUELVE:**

**7.1. DECLARAR FUNDADA** la demanda de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, formulada por doña **EDITH PALOMINO SAUME**, en representación de su menor hija **Emily Lya Núñez Palomino**.

**7.2 DECLARO** que el demandado **JAVIER NUÑEZ FURO** es el padre de la menor **Emily Lya Núñez Palomino**, nacido el seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve, en el Distrito de Ayacucho, Provincia de Huamanga, Departamento de Ayacucho, quedando de este modo acreditado el entroncamiento familiar (padre-hija)

**7.3. ORDENO** que, el Registrador de Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Huamanga, cumpla con **EXPEDIR** nueva Partida de Nacimiento a nombre del menor **Emily Lya Núñez Palomino**, debiendo consignarse los apellidos paterno y materno que por ley corresponden, quedando asentada como **Emily Lya Núñez Palomino** y en

el rubro correspondiente, al progenitor, consignar a la persona de **JAVIER NUÑEZ FURO**, como su padre.

**7.4. DECLARAR FUNDADA** en parte, la pretensión accesoria de **Prestación De Alimentos**, formulada por doña **EDITH PALOMINO SAUME**, en consecuencia; **ORDENO** que el demandado **JAVIER NUÑEZ FURO**, acuda por concepto de pensión alimenticia con una suma mensual de **DOSCIENTOS CINCUENTA NUEVOS SOLES (s/. 250.00)** mensuales y por adelantado a favor de su menor hija **Emily Lya Núñez Palomino**; debiendo computarse las mensualidades desde el día siguiente de la notificación con la demanda y genera intereses legales por su pago inoportuno.

**7.5. Consentida y/o ejecutoriada** que fuera la presente sentencia, **OFÍCIESE** al Registrador de Estado Civil de la **Municipalidad distrital de Jesús María de la ciudad de Lima** para los fines del rubro 7.3 de la parte decisoria de la presente; asimismo al **Banco de la Nación** de esta ciudad para la apertura de la cuenta de ahorros a nombre de la demandante, mientras se tramite la apertura de dicha cuenta, el demandado deberá hacer efectivo el pago de las obligaciones alimentarias mediante certificado de depósito judicial para su endoso a la demandante, y aperturada la cuenta por dicha entidad bancaria, deberá el obligado depositar las pensiones alimenticias en la referida cuenta de ahorros.

**7.6. HÁGASE** de conocimiento del demandado, que conforme a la Ley numero 28970 se ha creado el Registro de Deudores Alimentarios Morosos – REDAM, en el cual conforme al trámite propio que deberá realizar la demandante: "serán inscritos aquellos obligados que adeudan tres cuotas sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas, o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada, también serán inscritas aquellos obligados alimentarios que no cumplen con pagar pensiones devengadas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un periodo de tres meses desde que son exigibles".

**7.7. NOTIFÍQUESE** a las partes con la copia de la presente sentencia.

6° JUZGADO DE PAZ LETRADO  
EXPEDIENTE : 00942-2013-0-0501-JP-FC-03  
MATERIA : FILIACION EXTRAMATRIMONIAL  
JUEZ : JANNET ROJAS ZUÑIGA  
ESPECIALISTA : LINA GIANNINA ACEVEDO VELAPATIÑO  
DEMANDADO : NUÑEZ FURO, JAVIER  
DEMANDANTE : PALOMINO SAUME, EDITH

Resolución número 08  
Ayacucho, dieciocho de junio  
Del dos mil catorce.

## **AUTO QUE DECLARA CONSENTIDA LA SENTENCIA**

### **I. MATERIA:**

Dilucidar si corresponde declarar consentida la resolución número siete (Sentencia).

### **II. ANTECEDENTES:**

**2.1.** Con, fecha veinte de febrero de febrero del dos mil catorce, se emite la resolución número siete (Sentencia) que resuelve declarar **FUNDADA** la demanda de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, formulada por doña **EDITH PALOMINO SAUME**, en representación de su menor hija **Emily Lya Núñez Palomino**; declarando que el demandado **JAVIER NUÑEZ FURO** es el padre de la menor **Emily Lya Núñez Palomino**, nacido el seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve, en el Distrito de Ayacucho, Provincia de Huamanga, Departamento de Ayacucho, quedando de este modo acreditado el entroncamiento familiar (padre-hija); ordenando que, el Registrador de Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Huamanga, cumpla con **EXPEDIR** nueva Partida de Nacimiento a nombre del menor **Emily Lya Núñez Palomino**, debiendo consignarse los apellidos paterno y materno que por ley corresponden, quedando asentada como **Emily Lya Núñez Palomino** y en el rubro correspondiente, al progenitor, consignar a la persona de **JAVIER NUÑEZ FURO**, como su padre; a su vez **declara FUNDADA** en parte, la pretensión accesoria de **Prestación De Alimentos**, formulada por doña **EDITH PALOMINO SAUME**, en consecuencia; **ORDENO** que el demandado **JAVIER NUÑEZ FURO**, acuda por concepto de pensión alimenticia con una suma mensual de **DOSCIENTOS CINCUENTA NUEVOS SOLES (s/. 250.00)** mensuales y por adelantado a favor de su menor hija **Emily Lya Núñez Palomino**; debiendo computarse las mensualidades desde el día siguiente de la notificación con la demanda y genera intereses legales por su pago inoportuno.

**2.2.** La demandante doña **Edith Palomino Saume**, mediante el escrito con registro número "6284-2014", solicita se declare consentida la sentencia.

### **III. RAZONAMIENTO:**

**3.1.** El artículo 123 del Código Procesal Civil señala: "Una resolución adquiere la autoridad de cosa Juzgada cuando no proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos ...".

**3.2.** Que, la resolución número siete (Sentencia), emitida con fecha veinte de febrero del dos mil catorce; fueron válidamente notificada las partes del presente proceso, conforme obra en autos a fojas sesenta y cuatro y sesenta y cinco. Pese a encontrarse debidamente notificados las partes procesales no interpusieron recurso impugnatorio alguno, dentro del término de Ley.

**3.3.** Por lo que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 123° del Código procesal Civil, corresponde declarar consentida la resolución número siete, al no existir en su contra recurso impugnatorio alguno.

Por estos fundamentos con la autoridad que me confiere la **Constitución Política del Perú**,

**IV. DECISION:**

- a. **Al Principal: DECLARAR CONSENTIDA** la resolución número siete (Sentencia), emitida con fecha veinte de febrero del dos mil catorce, que obra en autos a fojas cincuenta y seis y siguientes.
- b. **Al Otrosí: OFÍCIESE** al Registrador de Estado Civil de la **Municipalidad distrital de Jesús María de la ciudad de Lima** para los fines del rubro 7.3 de la parte decisoria de la sentencia expedida en autos, en la misma que se **ordena** que, Registrador de Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Huamanga, cumpla con **EXPEDIR** nueva Partida de Nacimiento a nombre del menor **Emily Lya Núñez Palomino**, debiendo consignarse los apellidos paterno y materno que por ley corresponden, quedando asentada como **Emily Lya Núñez Palomino** y en el rubro correspondiente, al progenitor, consignar a la persona de **JAVIER NUÑEZ FURO**, como su padre.
- c. **CÚRSESE OFICIO** al **Administrador del Banco de la Nación** agencia **Ayacucho**, a fin de que disponga la apertura de una cuenta de ahorros a favor de la demandante **EDITH PALOMINO SAUME**; mientras se tramite la apertura de dicha cuenta, el demandado deberá hacer efectivo el pago de las obligaciones alimentarias mediante certificado de depósito judicial para su endoso a la demandante, y aperturada la cuenta por dicha entidad bancaria, deberá el obligado depositar las pensiones alimenticias en la referida cuenta de ahorros. **NOTIFÍQUESE.-**

