

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE
MOGROVEJO**

ESCUELA DE DERECHO



**RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA ACCIÓN OMISIVA Y
PASIVA DE LOS PADRES EN LA FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

ABOGADO

GIANCARLO DELGADO PEREZ

Chiclayo, 5 de junio de 2018

RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA ACCIÓN OMISIVA Y PASIVA DE LOS PADRES EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

PRESENTADO POR:

DELGADO PEREZ GIANCARLO

Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, para optar el Título de:

Abogado

APROBADO POR:

Dra. Diana Berlyne Anacleto Silva
Presidente del Jurado

Abog. Igor Eduardo Zapata Velez
Secretario del Jurado

Mtro. Manuel Jesús Fernando Bulnes Tello
Vocal del Jurado

DEDICATORIA

A mis padres, las personas que confían y siempre confiaron en mí. Gracias Guillermo Delgado Vallejos y Liliana E. Pérez Gonzáles por el apoyo incondicional, por ser mi motivo y razón para salir adelante.

AGRADECIMIENTOS

Nuevamente, a mis padres, por la dedicación y esfuerzo en mi crianza, formación y educación.

A Javier H. Espinoza Escobar, por el apoyo en el último tramo de mi vida universitaria y por brindarme la cuota necesaria de confianza para emprender la vida profesional.

A Fabiola Stefanny García Carhuatanta, María Susana Rodríguez Cruzado y Alicia del Carmen Vega Venero, por enseñarme el significado y valor de las amistades universitarias; y, sobre todo, por ayudarme a crecer como persona y profesional.

Con especial cariño, a Ana Carolina Villalobos Aguinaga, por siempre encontrar la manera de motivarme a seguir adelante, por confiar en mí como persona y profesional y, además, por la revisión de este trabajo de investigación.

RESUMEN

Cuando se hace referencia a las relaciones paterno-filiales, indiscutiblemente, en algún momento se abordará, por un lado, el deber de los padres de reconocer a sus hijos y, por otro lado, el derecho de los niños (hijos) a su identidad biológica. De esta forma, en las relaciones paterno-filiales, es el derecho a la identidad el que justifica y obliga a los padres a reconocer a sus hijos y realizar todas las acciones necesarias para satisfacer este derecho. Nuestro ordenamiento jurídico aborda la institución jurídica de la filiación extramatrimonial y lo hace regulando dos acciones legales para establecer la relación paterno-filial entre los padres y sus hijos, justamente en una familia no matrimonial. Por un lado, se tiene a la acción de “reconocimiento de paternidad”; y por otro, la acción de “declaración judicial de filiación extramatrimonial”. Por tanto, el padre, la madre y el hijo tienen derechos y acciones que les permitirá establecer las relaciones jurídicas entre sí. Teniendo en cuenta ello, dado que los padres cuentan con mecanismos legales idóneos y eficaces para establecer el vínculo filiatorio con sus hijos; si aquellos, con una actitud omisiva por parte del padre o una actitud pasiva por parte de la madre, no inician los procedimientos para determinar y establecer estas relaciones paterno-filiales, definitivamente afectan el derecho a la identidad del menor. De este modo, esa afectación se traduce en un daño moral ocasionado al menor. En consecuencia, en aquellos procesos de “declaración judicial de paternidad extramatrimonial”, debe incluirse como pretensión accesoria, además de los alimentos para el menor, una indemnización a favor de este último como consecuencia de la responsabilidad civil de los padres por sus acciones omisivas o pasivas al momento de establecer el vínculo filiatorio con sus hijos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la identidad, filiación extramatrimonial, responsabilidad civil.

ABSTRACT

When reference is made to parental-filial relationships, unquestionably, at some point it will address, on the one hand, the duty of parents to recognize their children and, on the other hand, the right of children (children) to their identity biological. In this way, in paternal-filial relationships, it is the right to identity that justifies and obliges parents to recognize their children and take all the necessary actions to satisfy this right. Our legal system addresses the legal institution of extramarital filiation and does so by regulating two legal actions to establish the parent-child relationship between parents and their children, just in a non-marital family. On the one hand, we have the action of "recognition of paternity"; and on the other hand, the action of "judicial declaration of extramarital filiation". Therefore, the father, the mother and the child have rights and actions that will allow them to establish legal relationships with each other. Taking this into account, given that parents have adequate and effective legal mechanisms to establish the filial link with their children; if those, with an omission on the part of the father or a passive attitude on the part of the mother, do not initiate the procedures to determine and establish these parent-child relationships, they definitely affect the child's right to identity. In this way, this affectation translates into a moral damage caused to the minor. Consequently, in those processes of "judicial declaration of extramarital paternity", an accessory claim, in addition to the child's food, must include compensation in favor of the latter as a consequence of the parents' civil liability for their omission actions or passive at the time of establishing the filial link with their children.

KEY WORDS: Right to identity, extramarital filiation, civil liability.

ÍNDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTOS	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
ÍNDICE	VII
INTRODUCCIÓN	IX

CAPÍTULO 1: EL DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DEL MENOR: UNA MIRADA DESDE LA DOCTRINA, LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

1.1. Desarrollo doctrinario del derecho a la identidad	12
1.1.1. La verdad biológica como pilar de la identidad personal	13
1.1.2. El derecho a la identidad biológica y su relación con el interés superior del niño	14
1.1.3. El derecho de conocer el origen biológico	15
1.2. Desarrollo legislativo del derecho a la identidad	16
1.2.1. El derecho a la identidad en la legislación peruana	18
1.2.2. El derecho a la identidad y su reconocimiento internacional	19
1.3. Antecedentes jurisprudenciales del derecho a la identidad	20
1.3.1. Aplicación del derecho a la identidad del niño en la jurisprudencia nacional	22
1.3.2. Aplicación del derecho a la identidad del niño en la jurisprudencia comparada	22
	24

CAPÍTULO 2: LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: MEDIOS LEGALES QUE TIENEN LOS PADRES PARA ESTABLECER LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL CON SUS HIJOS

2.1. Relación natural y jurídica entre padres e hijos: La filiación	26
2.1.1. Determinación de la relación filiatoria	27
➤ Determinación Legal	28
➤ Determinación Judicial	29
➤ Determinación Extrajudicial	30
2.1.2. La relación jurídica filiatoria en la legislación nacional	30
2.2. Mecanismos legales para establecer las relaciones paterno-filiales en una relación extramatrimonial	31
2.2.1. Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales	32
2.2.2. Impugnación del reconocimiento de paternidad	33
2.2.3. Declaración judicial de filiación extramatrimonial	34
2.3. Obligatoriedad del establecimiento de la relación paterno-filial	34
2.4. Criterios jurisprudenciales respecto a la filiación extramatrimonial	36
	37

<u>CAPÍTULO 3: RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: UNA CONSECUENCIA JURÍDICA POR EL DAÑO MORAL OCASIONADO</u>	40
3.1. Desarrollo doctrinario y jurídico de la responsabilidad civil	41
3.1.1. Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil	42
➤ Antijuridicidad	42
➤ Daño	43
➤ Nexo de causalidad	44
➤ Factor de atribución	45
3.1.2. Responsabilidad civil en el derecho de familia	46
3.1.3. Daños en el derecho de familia	48
3.2. Responsabilidad en el establecimiento de las relaciones paterno-filiales	50
3.2.1. Fundamento de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial: Derecho a la identidad y el interés superior del niño	51
➤ Tesis negativa	51
3.2.2. Procedencia de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial	54
3.2.3. Responsabilidad por la conducta omisiva del padre y la conducta pasiva de la madre en el establecimiento de la relación paterno-filial del menor	54
➤ Responsabilidad civil por la conducta omisiva del padre	55
➤ Responsabilidad civil por la conducta pasiva de la madre	56
3.2.4. Presupuesto de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial	57
➤ Antijuridicidad	57
➤ Daño	58
➤ Nexo de causalidad	59
➤ Factor de atribución	59
CONCLUSIONES	62
RECOMENDACIONES	64
BIBLIOGRAFÍA	66

INTRODUCCIÓN

Debemos reconocer que las partes más vulnerables en la familia, cuando existe un conflicto, son la madre y el niño, pues el padre muchas veces realiza actos que dejan en desamparo a estos. Por lo que, la legislación ha adoptado una postura sobreprotectora en favor de la madre y del niño. Sin embargo, con estas líneas introductorias no se pretende plantear que esto es contraproducente; sino, por el contrario, se pretende hacer una crítica que intente equiparar la balanza.

Siendo esto así, el tema de investigación parte del supuesto de hecho siguiente: un padre “X”, en su oportunidad, no quiso reconocer a su hijo “Y”, pese a tener conocimiento y tener la certeza, a través de su pareja (la madre) “Z”, que el niño era suyo. Debido a ello, la madre “Z” decide inscribir a su hijo “Y” con los apellidos de ella misma; y, esta situación, se prolonga hasta que “Y” alcanza la mayoría de edad.

Así tenemos que, del supuesto de hecho planteado se advierte una negativa por parte del padre, en el sentido de que se niega a reconocer a su hijo; y también, se advierte una actitud pasiva por parte de la madre, pues no habría iniciado las acciones legales correspondientes para la filiación entre el padre y su hijo. En ese sentido, con estas actitudes de los padres se ven comprometidos un deber y un derecho, que le corresponden a uno y otro sujeto. Por un lado, el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, reconocido constitucionalmente; y, por otro lado, el derecho del niño, a su identidad, reconocido también constitucionalmente como un derecho fundamental.

En consecuencia, si contrastamos todas las instituciones jurídicas aludidas tenemos que, la paternidad engendra deberes con respecto a los hijos, específicamente, el deber de alimentarlos, educarlos y darles seguridad; asimismo, el niño tiene el derecho a la identidad, que se manifiesta con el conocimiento de su realidad biológica. Por tanto, si el padre se niega a reconocer su paternidad, sin que haya causas de justificación razonables, o si la madre no realiza las acciones

legales pertinentes para establecer la relación paterno-filial; entonces, se afecta el derecho del niño a su identidad biológica.

Por ello, es necesario hacer hincapié en que, salvo situaciones excepcionales, los deberes y los derechos de los progenitores respecto de la relación con sus hijos son absolutos, no pudiendo autoridad ni persona alguna limitar de facto esta relación, bajo la condición negativa de generar un mayor perjuicio al hijo, así también, ni el padre o la madre pueden ni deben interferir, de forma directa o indirecta, en la relación paterno-filial entre el hijo y uno de sus padres. Por tanto, está proscrito cualquier injerencia, directa o indirecta, en las relaciones naturales e inherentes entre padres e hijos. Por eso también se reconoce que la paternidad es un derecho, que implica un deber o responsabilidad.

Así también tenemos, del supuesto de hecho planteado en el segundo párrafo de este apartado, a una institución jurídica que cobra protagonismo; esto es, la filiación extramatrimonial que, para el caso concreto y desde la perspectiva del padre, será el reconocimiento de la paternidad; y, desde la perspectiva de la madre y del hijo será la acción de declaración judicial de filiación extramatrimonial. Esto debido a que, de un lado tenemos que la procreación engendra el deber de reconocer al hijo y emplazarlo en el estado que le corresponde, con los consecuentes derechos que de ello derivan, y de otro lado, tenemos que todo hijo tiene un derecho constitucional y supranacional a conocer su realidad biológica. De este modo, se reconocen derechos y deberes de los padres que surgen a raíz de la procreación de un hijo, y el derecho de este último, de conocer su identidad personal y biológica.

Entonces, por un lado, los padres tienen el derecho y deber de conocer y hacer efectivo el vínculo paterno filial con su hijo, para poder así ejercer también su deber a alimentarlo, educarlo y brindarle seguridad. Por otro lado, el hijo o los hijos tienen derecho a su identidad personal y biológica; pues, a pesar de que existe divergencia doctrinaria entorno al inicio de la vida humana, sí existe consenso doctrinario al concluir que el nuevo ser humano, conformado por el hijo del padre y de la madre, es un nuevo ser genéticamente distinto a sus progenitores. Consecuentemente, la ciencia reconoce que el ser humano concebido tiene una determinada identidad que le es innata, la cual irá desarrollando y enriqueciendo a lo largo de su vida y existencia misma.

En ese contexto, debemos tener en cuenta también lo ocurrido en la práctica profesional. Como es evidente, el proceso judicial que tiene relevancia en el supuesto de hecho planteado en el segundo párrafo, es el de “declaración judicial de paternidad extramatrimonial”. En este

proceso se acumula, accesoriamente, la pretensión de alimentos a favor del menor. Sin embargo, se excluye por completo la responsabilidad civil como consecuencia de la actitud omisiva o pasiva de los padres para establecer la relación paterno-filial con su hijo.

Es en ese escenario donde los profesionales del derecho (abogados) deben tener protagonismo. Por lo que, con la presente investigación, se pretende proponer la pretensión accesoria de “indemnización por el daño moral ocasionado como consecuencia de la vulneración al derecho a la identidad del menor”, en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial. Para lo cual, es necesario, en un primer momento, definir el derecho a la identidad biológica del menor; luego, en un segundo momento explicar la institución jurídica de la filiación extramatrimonial; y, finalmente, identificar las consecuencias jurídicas (responsabilidad civil) de las acciones omisivas y pasivas de los padres en la filiación extramatrimonial.

CAPÍTULO 1:

EL DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DEL MENOR: UNA MIRADA DESDE LA DOCTRINA, LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

Cuando se hace referencia a las relaciones paterno-filiales, indiscutiblemente, en algún momento se abordará, por un lado, el deber de los padres de reconocer a sus hijos y, por otro lado, el derecho de los niños (hijos) a su identidad biológica. De esta forma, en las relaciones paterno-filiales, es el derecho a la identidad el que justifica y obliga a los padres a reconocer a sus hijos y realizar todas las acciones necesarias para satisfacer este derecho.

En ese sentido, en el presente capítulo se desarrollará el derecho en mención, partiendo desde una perspectiva general; es decir, desde el derecho fundamental a la identidad, reconocido en la Constitución¹, y luego, desarrollando la concepción doctrinaria, legislativa y jurisprudencial del derecho a la identidad biológica del menor, teniendo en consideración el aporte jurídico nacional y comparado.

Con ello, el derecho a la identidad biológica del menor quedará definido y así se tendrá una primera perspectiva del tema de investigación que, posteriormente, será contrastado con la vulneración ocasionada si el padre realiza acciones negativas o la madre se muestra pasiva, respecto de la relación paterno-filial entre los padres y su hijo.

¹ Artículo 2º inciso 1 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

1.1. Desarrollo doctrinario del derecho a la identidad

Como se puede inferir de las líneas introductorias de este capítulo, existen dos derechos que resultan tener una relación de género a especie; con ello se hace referencia al derecho a la identidad frente al derecho a la identidad biológica. Se hace esta mención porque, mientras el derecho a la identidad se refiere a “todos los complejos y múltiples aspectos de la personalidad, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección existencial. Engloba todos sus atributos, sean ellos positivos o negativos. Es así que todas las notas de la personalidad, vinculadas esencialmente en la unidad del yo, determinan la identidad personal de cada sujeto”², es decir, puede abarcar su identidad cultural, ideológica o religiosa; por otro lado, el derecho a la identidad biológica se refiere a aquellos hechos naturales que, producidos, son inmodificables y que abarcan los vínculos familiares y afectivos que pertenecen al antecedente histórico de una persona, por lo que, asegura a la persona un puesto en su árbol genealógico³.

Tanto el derecho a la identidad como el derecho a la identidad biológica versan sobre la personalidad del ser humano y su autodeterminación como tal. La nota característica entre ambos es que el primero abarca al segundo y algunos otros derechos; mientras que el segundo incide en la “verdad biológica” de la persona; por ello, cuando se haga referencia al derecho a la identidad biológica, no será otra cosa que hablar de la verdad biológica de la persona. Luego de este análisis, conviene puntualizar que, en el desarrollo del presente capítulo y en el desarrollo de toda la investigación, se hará referencia al derecho a la identidad biológica, pues este es el derecho que cobra relevancia en la relación paterno-filial.

Siendo así, es menester señalar el significado reconocido de “identidad” en la doctrina jurídica. Así tenemos que,

“la identidad podría definirse como el conjunto de características físicas, jurídicas y sociales que individualizan a una persona en su medio ambiente; entre las características físicas podemos mencionar la raza, las huellas dactilares, el sexo, el color de ojos, del cabello, etc.; las características jurídicas serán el nombre, la nacionalidad, el estado civil, etc.; y las características

² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, 2ª ed., Breña, Pacífico Editores, 2015, p. 107.

³ Cfr. CÁRDENAS KRENZ, Arturo Ronald. *El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica*, Tesis para optar el grado de Magíster, Chiclayo USAT, 2014, pp. 25 – 29.

sociales son aquellas que indican la cultura, la profesión, la religión, las convicciones políticas, etc.”⁴.

1.1.1. La verdad biológica como pilar de la identidad personal

Siguiendo al Dr. Carlos Fernández Sessarego, la identidad personal “es la consecuencia de la libertad de cada ser humano y consiste en elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida, de acuerdo a valores bajo el dictado de su personal vocación”⁵. En ese sentido, cobra principal relevancia el autoconocimiento, pues es a partir de este, que la identidad de la persona se desarrollará.

Por esta razón, la verdad biológica resulta ser el pilar de la identidad personal, pues será el punto de partida del autoconocimiento y será la base sobre la cual la persona, o para el caso, el menor, construirá su plano psicológico, emocional y social. Esto a través de la investigación de la paternidad, con la que logrará conocer la verdad sobre la relación filial⁶ que lo une a una familia, y mediante esta, su reconocimiento en la sociedad.

En esa línea de ideas, si reconocemos que lo verdadero es aquello que coincide con lo real; entonces, la verdad es la adecuación con la realidad⁷. En ese sentido, la verdad biológica será la realidad genética del menor; es decir, la relación genética entre progenitores y generados, que determinan el presupuesto biológico o genético de la filiación⁸. Entonces, es el derecho a la identidad biológica el que le confiere al menor la posibilidad de conocer su origen y su identidad filiatoria; por lo tanto, se consagra así el derecho de saber quién lo engendró, con la finalidad no solo de conocerlo, sino de relacionarse con él.

Asimismo, debe precisarse que independientemente de la existencia de una filiación jurídica o legal, que es la que el Estado le reconoce a una persona a través de la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, con los argumentos antes señalados, reconoceríamos implícitamente una “filiación real”, que puede o no coincidir con la filiación jurídica o legal.

⁴ VARELA CÁCERES, Edison Lucio. *La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008*, pp. 221 – 222 [Ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en

http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/134/ucv_2009_134_219-269.pdf

⁵ Citado por BOSSIO DÁVILA, Fiorella Susana. *El moderno tratamiento legal al derecho de impugnación de paternidad y maternidad*, Tesis para optar el grado de Abogado, Chiclayo, USAT, 2014, p. 120.

⁶ Cfr. BOSSIO DÁVILA, Fiorella Susana. *Ob. Cit.*, p. 120.

⁷ Cfr. GARCÍA LÓPEZ, Jesús. *Doctrina de Santo Tomás sobre la verdad: Comentarios a la cuestión “I de Veritate”*, Pamplona, RIALP, 1967, p. 131.

⁸ Cfr. PINELLA VEGA, Vanessa. *El interés superior del niño/niña vs Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*, Tesis para optar el grado de Abogado, Chiclayo, USAT, 2014, p. 70.

Con ello, también estaríamos equiparando el derecho a la identidad biológica a un posible derecho a la verdadera o real filiación. Pero, debe precisarse que no es intención profundizar en este último tema.

En ese sentido, la filiación real es la base sobre la cual la identidad personal del menor se desarrollará, formando su propia personalidad en base a las relaciones paterno-filiales. Relaciones que lo individualizan en una familia y propenden a su reconocimiento en la sociedad, reconociéndolo como un individuo único e irrepetible. Así pues, ha de admitirse que existe una relación entre identidad personal y la realidad o verdad biológica en derecho a conocer el propio origen biológico; ya que, es a través de este último que la persona encuentra su pertenencia a una familia, obteniendo el emplazamiento de su estado de acuerdo con su origen biológico. En consecuencia, el derecho a la identidad personal, en tanto identidad filiatoria, es común a toda persona⁹.

Finalmente, es necesario redondear la idea precisando que a nivel doctrinario se distingue en la identidad, dos dimensiones; una estática y otra dinámica. La primera, está conformada por características que no varían en el tiempo, tales como el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado de parentesco y la relación paterno-filial; en tanto la segunda, se encuentra conformada, en contraposición con la anterior, con aquellas características que varían con el transcurso del tiempo, tales como la edad, el entorno socio familiar, entre otros¹⁰.

1.1.2. El derecho a la identidad biológica y su relación con el interés superior del niño

El interés superior del niño es un principio reconocido por el Perú a través de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹, que fue la que introdujo este principio. El cual “significa que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”¹². Por tanto, en virtud de este principio, toda interpretación o aplicación de los

⁹ Cfr. TORRES FLOR, Analucía. *Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2014, pp. 192 – 193.

¹⁰ VARGAS MORALES, Rocío del Pilar. *El derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est*, Tesis para optar el grado de Magíster, Lima, UNMSM, 2011, p. 111 [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/Vargas_mr.pdf

¹¹ Artículo 3° inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

¹² LANDA ARROYO, César citado por PINELLA VEGA, Vanessa. *Ob. Cit.*, p. 39.

dispositivos legales, que involucren un cambio en la realidad del niño, debe hacerse sobre la base de una nula o mínima afectación de sus derechos e intereses, desde una perspectiva negativa; y, sobre la base de un máximo favorecimiento a sus derechos, desde una perspectiva positiva.

En ese sentido, si se ha reconocido que el derecho a la identidad o verdad biológica del menor, le confiere “la posibilidad de conocer su origen y su identidad filiatoria”¹³, y este derecho es el pilar de la identidad personal del menor, pues será la base de su desarrollo psicológico, emocional y social; entonces, en virtud de la interpretación y aplicación que propenda a maximizar los beneficios que tenga el menor, el Estado debe proteger y preferir el derecho a la identidad biológica del menor sobre cualquier formalidad, presunción o derecho contrapuesto de un tercero.

Asimismo, por el derecho a la identidad o verdad biológica del niño y en virtud del principio de interés superior del mismo, se demanda del Estado y de las normas jurídicas la no obstaculización para que el menor sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo¹⁴. En consecuencia, no solo podría reconocerse un carácter complementario entre este principio y este derecho, sino también de una relación directa entre ellos; pues, en virtud del principio es que el derecho tiene vigencia, eficacia y primacía sobre otras situaciones, formalidades o presunciones.

1.1.3. El derecho de conocer el origen biológico

El derecho a conocer o saber el origen biológico es una facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en la verdad biológica, permite al menor el ejercicio de averiguar quiénes son sus progenitores¹⁵ y, consecuentemente, entablar relaciones afectivas, jurídicas y sociales con ellos. Por esta razón, este denominado “derecho”, en realidad es una manifestación del derecho a la identidad biológica del menor que, a su vez, es una manifestación del derecho a la identidad personal del ser humano.

Se reconoce también que la identidad “es la imagen de la persona que se proyecta a través de rasgos característicos que son inherentes a ella y que la diferencian de las demás; estos rasgos

¹³ *Ibidem*, 71.

¹⁴ Cfr. PINELLA VEGA, Vanessa. *Ob. Cit.*, p. 71.

¹⁵ Cfr. GASTULO MURO, Cinthyacrisa Dunyoli y TAYPE VÁSQUEZ, Sandra Marisol. *El derecho a la identidad y verdad biológica de hijo de mujer casada frente a la presunción de paternidad en el código civil peruano*, Tesis para optar el grado de Abogado, Chiclayo, USAT, 2012, pp. 72 – 73.

son invariables en el tiempo y permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente ella es”¹⁶. Es así que, la identidad y el origen biológico, “implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de ellas (progenitores o padres) y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición de la persona en el mundo externo y social”¹⁷. Por lo que, el origen biológico del menor resulta importar a su derecho a la identidad.

Asimismo, en relación con este tema, puede agregarse un denominado “derecho a saber y llevar los apellidos de los progenitores”¹⁸; pues, si se ha reconocido que por el origen biológico el menor establece relaciones filiatorias con sus progenitores reales, entonces, es consecuencial que se hable de un necesario conocimiento de los apellidos de los progenitores, así como del derecho de llevarlos y presentarlos ante la sociedad. También, “se deduce que han sido las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad las que lo han ido justificando. De este modo el fundamento moral del derecho a la identidad filiatoria se puede encontrar en la idea de dignidad”¹⁹.

Del mismo modo, resulta consecuente lo apuntado por el Dr. Mauricio Chacón²⁰, en su libro: la intervención de las personas menores de edad en la filiación, cuando puntualiza en que,

“La determinación de existencia o no existencia de una relación biológica entre dos personas, siendo una de ellas un hijo o una hija, y la otra su eventual padre o madre, es decir la filiación, es un derecho a la identidad y, por consiguiente, un derecho a la personalidad y un derecho fundamental. Si hay algo que caracteriza a una determinada persona física es, precisamente, que es distinta de todas las demás. Desde el momento en que es concebida, esta persona tendrá un determinado y particular material genético que lo distinguirá del resto de las personas, actuales, pasadas y futuras”.

¹⁶ MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. *Derecho al nombre. Tener un nombre es mi derecho*, s.f. [Ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/nombre.htm

¹⁷ HUAMÁN ENRÍQUEZ, Georgina Angélica. *Análisis a la luz del derecho comparado de la excepción de cosa juzgada en procesos de filiación*, Tesis para optar el grado de Abogado, Chiclayo, USAT, 2015, p. 54.

¹⁸ PINELLA VEGA, Vanessa. *Ob. Cit.*, p. 72.

¹⁹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada*, s.f., p. 137 [Ubicado el 29.VI.2016]. Obtenido en <http://www.revistasacademicas.usmp.edu.pe/uploads/articulos/cb3a0-12.pdf>

²⁰ Citado por GONZÁLEZ SEPE, Óscar. *Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial*, 2013 [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t13-responsabilidad_y_danos_por_falta_de_reconocimiento_de_hijo_extramrimonial.pdf

Relaciona de esta manera la filiación con el derecho a la identidad, afirmando que la primera es una manifestación de este derecho; y, además, sentencia diciendo que, la filiación como derecho a la identidad, y este último, como un derecho que se desprende del derecho a la personalidad, viene a ser un derecho fundamental.

Finalmente, cabe aquí precisar que, este derecho puede ser vulnerado de muchas maneras, que podrían agruparse en dos grandes formas. Por un lado, puede producirse por acción; es decir, por un acto humano positivo, que involucra una conducta manifestada en la realidad, por ejemplo, la adopción de origen ilícito o con mala fe, la inscripción de nacimiento falseada, etc. Por otro lado, puede producirse por una omisión; es decir, por una conducta activa o pasiva, que a su vez puede ser atribuido a título de dolo o culpa, como por ejemplo, el no reconocimiento del hijo, la actitud pasiva o renuente ante el reclamo de emplazamiento filiatorio, la negativa injustificada a someterse a la prueba genética de ADN, etc.²¹.

1.2. Desarrollo legislativo del derecho a la identidad

El derecho a la identidad tiene reconocimiento constitucional en nuestro país; asimismo, el derecho a la identidad, específicamente del niño, ha sido reconocido internacionalmente a través de la Convención sobre los Derechos del Niño²², que fue ratificada por el Perú el “4 de setiembre del año 1990”²³. Además, teniendo en cuenta que esta Convención es un tratado de las “Naciones Unidas” y fue celebrada en el año 1989, el derecho aludido, junto con la Convención misma, han sido aceptados y ratificados por 196 países del mundo, aunque se debe puntualizar que Estados Unidos, a pesar de haber firmado la Convención en el año 1995, aún no ha sido ratificada en sí misma²⁴. En consecuencia, el derecho a la identidad del niño es un derecho vigente y reconocido mundialmente.

²¹ Cfr. RUIZ VELÁSQUEZ, Max Ulises. “La responsabilidad civil por el daño moral derivada de la filiación extramatrimonial”, *Actualidad Jurídica*, N° 2009, abril 2011, 45 – 51, p. 48.

²² La Convención sobre los Derechos de los Niños es un tratado internacional del 20 de noviembre de 1989, acordado por los países miembros de las Naciones Unidas, que constituye la primera ley internacional “jurídicamente vinculante” sobre los derechos del niño y la niña. Esto quiere decir que su cumplimiento es obligatorio. Asimismo, reúne derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que reflejan las diferentes situaciones en las que se pueden encontrar los niños, niñas y adolescentes de todo el mundo; los cuales han sido contemplados a lo largo de los 54 artículos que componen la Convención. Cfr. UNICEF. *Convención sobre los Derechos del Niño* [Ubicado el 25.VI.2016]. Obtenido en http://www.unicef.org/peru/spanish/convencion_sobre_los_derechos_del_nino_final.pdf

²³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Perú a 25 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 2014 [Ubicado el 25.VI.2016]. Obtenido en <http://www.defensoria.gob.pe/blog/peru-a-25-anos-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino/>

²⁴ Cfr. CENTRO DE NOTICIAS ONU. *Con Somalia, 196 países han ratificado ya la Convención sobre los Derechos del Niño*, 2015 [Ubicado el 25.VI.2016]. Obtenido en <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=33493#.V3Q2Oo-cFdc>

1.2.1. El derecho a la identidad en la legislación peruana

El primer cuerpo normativo que debe ser mencionado es sin duda alguna nuestra Carta Magna. La Constitución Política del Perú reconoce este derecho de forma taxativa, pues establece que toda persona tiene derecho a su identidad²⁵, entendida como aquellos elementos que conforman la individualidad de la persona en sociedad, que no es otra cosa que la manera de distinguirse de los demás. Por ello, “el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la identidad y en virtud del mismo, toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le pudiera corresponder; encontrándose facultada, para acudir al órgano jurisdiccional a fin de obtener la dilucidación respectiva”²⁶.

Por otro lado, la identidad personal está sustentada en la libertad, por ello, esta es la que desencadena un proceso existencial autocreativo, en virtud del cual, todas las personas desarrollan su personalidad en concordancia con sus propias opciones y circunstancias, logrando así configurar “su identidad”. En resumidas cuentas, la identidad es el derecho a ser uno mismo y no otra persona²⁷. Asimismo, la identidad tiene relación directa con la relación familiar; es decir, con “su pertenencia a la sociedad porque forma parte de una familia, institución natural y fundamental de la sociedad”²⁸. En ese sentido, se reconoce dos aspectos del derecho a la identidad, el derecho a la identidad personal y el derecho a la identidad biológica.

Así también, la legislación peruana tiene una norma que menciona literalmente el derecho del menor a su identidad, pues el artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes señala que:

“El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”.

²⁵ Artículo 2° inciso 1 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

²⁶ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor – o de los herederos de este – en la investigación de la filiación*, s.f. [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF

²⁷ Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Artículo 2 inciso 1” En *La constitución comentada*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, 36; y, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993: Análisis comparado*, 5ª ed., Lima, Editora RAO, 1999, p. 95.

²⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Ob. cit.*, p. 95.

Esta norma desarrolla parte del contenido del derecho a la identidad. En él incluye, sin agotarlo, el derecho a tener un nombre con el cual identificarse; asimismo, conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Con esto último, el Código de los Niños y Adolescentes reconocen el derecho a la identidad del menor, pues reconoce como derecho del niño, conocer su realidad y verdad biológica.

Estas dos normas son las que expresan taxativamente el “derecho a la identidad”; sin embargo, sabiendo que este derecho hace referencia a la autodeterminación de la personalidad, son muchas las normas que desarrollan el derecho a la identidad. Tal es el caso del derecho al nombre, a la nacionalidad y a la identidad cultural, todos ellos reconocidos como derechos fundamentales por nuestra constitución. Por ello, vale decir que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una vasta regulación del derecho a la identidad y sus diversas manifestaciones.

1.2.2. El derecho a la identidad y su reconocimiento internacional

El principal instrumento de reconocimiento internacional y que contempla taxativamente el derecho a la identidad del menor es la Convención sobre los Derechos de los Niños, y lo hace en dos de sus artículos:

Artículo 7º, inciso 1):

“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”.

Si bien es cierto, en este artículo no se hace referencia textual al derecho a la identidad del niño, sí se puede inferir de ella la alusión que hace al derecho a la identidad biológica del niño; pues, al igual que nuestro Código de los Niños y Adolescentes, reconoce el derecho del menor de conocer a sus padres y ser cuidado por los mismos. En ese sentido, se podría decir que hace referencia a la relación paterno-filial.

Asimismo, otra de las normas que reconocen el derecho en mención es el artículo siguiente de la Convención sobre los Derechos de los niños:

Artículo 8º, Inciso 1):

“los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”

(Inciso 2). “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Con estos dispositivos normativos se reconoce no solo el derecho a la identidad del niño, sino también, se reconoce el deber del Estado de preservar y garantizar la vigencia, eficacia y validez de este derecho frente a vulneraciones o limitaciones, sea por parte del mismo Estado, a través de sus órganos o su legislación, o sea por parte de cualquier persona.

En este apartado sucede lo mismo que en el anterior, los instrumentos y normatividad internacional, si bien no reconocen taxativamente el derecho a la identidad del menor, lo hacen implícitamente reconociendo algunas de sus manifestaciones. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹, que en su artículo 18° establece que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres”; y, como ya se ha mencionado en párrafos precedentes, tanto el nombre como los apellidos conforman el derecho a la identidad de la persona. Así también, podemos incluir al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰, que en su artículo 16° regula que “todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En consecuencia, este derecho ha sido desarrollado y reconocido en diferentes instrumentos internacionales que resultan ser fuente de los ordenamientos jurídicos de los países; pues, a través de la ratificación de estos instrumentos, es que su regulación tendrá plena vigencia en el orden interno del país que ratifica.

A pesar de que muchos de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho del niño a su identidad y verdad biológica, son relativamente antiguos, su ratificación e implementación en los diferentes países ha sido progresiva. Por ejemplo, en cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño, el Perú la ratificó el “4 de septiembre de 1990,

²⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969 [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

³⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966 [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-ProtocoloFacultativoPactoDerechosCivilesyPolitic.htm>

Bélgica el 16 de diciembre de 1991, Nueva Zelanda el 6 de abril de 1993 y Haití el 8 de junio de 1995”³¹.

Entonces, la trascendencia de que sean reconocidos internacionalmente los derechos de los niños, entre ellos el derecho a su identidad y verdad biológica, radica en que poco a poco se va logrando un criterio uniformizado en cuanto a la protección, promoción y desarrollo de los derechos de estos.

1.3. Antecedentes jurisprudenciales del derecho a la identidad

Con todos los subtemas que anteceden a este punto, ya se tiene la idea definida de lo que es el derecho a la identidad del niño y las manifestaciones que posee, por ejemplo, el derecho a la verdad biológica que está relacionada a la identidad biológica del niño. Siendo así, en el presente punto, más que conceptualizar este derecho, se busca analizar la aplicación que hacen los órganos jurisdiccionales del derecho a la identidad del niño. Por ello, es necesario incidir no solo en la jurisprudencia nacional, sino también comparada.

1.3.1. Aplicación del derecho a la identidad del niño en la jurisprudencia nacional

La jurisprudencia nacional ofrece una vasta aplicación del derecho a la identidad del niño. En referencia a ello, los Magistrados de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señalan que:

“el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la identidad y en virtud al mismo, toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le pudiera corresponder; encontrándose facultada, para acudir al órgano jurisdiccional a fin de obtener la dilucidación respectiva”³².

En esta sentencia casatoria, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República interpreta el derecho a la identidad del artículo 2° inciso 1) de la Constitución, en su manifestación de derecho a la identidad o verdad biológica; pues, el conocimiento de los progenitores, ascendientes y antecesores, tienen que ver con la relación filiatoria y genética del niño, por lo que estaríamos hablando de que el menor tiene derecho a la verdad biológica.

³¹ Estados que ratificaron o adhirieron a la Convención sobre los Derechos del Niño [Ubicado el 29.VI.2016]. Obtenido en <http://www.alae.org/derechos/listf.html>

³² Casación N° 2675-2001-Lima, de fecha 23 de diciembre de 2002 (Considerando Tercero), publicada el 30 de junio de 2003 en el Diario Oficial El Peruano, páginas 10721 a 10723. [Ubicado el 26.VI.2016]. Obtenido en http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF

En lo que se refiere al control difuso de los Jueces, nuestros Magistrados lo han aplicado en repetidas oportunidades en materias relacionadas a la filiación extramatrimonial y el derecho a la identidad biológica del niño. Por un lado, en un caso ocurrido en el departamento de San Martín, donde los Magistrados precisaron que:

“(...) Interesa resolver sobre la colisión de derechos fundamentales del cual es titular el menor de edad, en tanto en la actualidad no admite discusión que los menores de edad, detentan un derecho fundamental a la identidad biológica y a conocer y desarrollarse con su familia natural (...)”³³.

Los Magistrados reconocen expresamente que el niño tiene derecho a la identidad biológica y a conocer a su familia natural, entendida esta como sus progenitores y ascendientes más cercanos. Por lo que, ante una posible vulneración de este derecho producido por el artículo 400° del código civil, declararon inaplicable esta última norma, al caso en concreto.

A similar pronunciamiento llegan los Magistrados en la siguiente Consulta, de la localidad Del Santa:

“El derecho a la identidad de todo ser humano conlleva esencialmente la idea de que la persona sea identificada plenamente dentro de un grupo social, nacional, familiar e incluso étnico, que lo caracteriza y lo hace único, así como sujeto de una gran diversidad de relaciones jurídicas que implican derecho y deberes. La identidad filiatoria consiste en el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, a pertenecer a una determinada familia y a contar con el registro legal correspondiente (...).

Asimismo, el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal (...)”³⁴.

Finalmente, en cuanto a jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional ha dado también luces de lo que se entiende por el derecho a la identidad biológica del niño:

“Este colegiado ha dejado establecido en su jurisprudencia que la identidad a que se refiere el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido

³³ Consulta Expediente N° 3873-2014-San Martín (Considerando Sexto, punto 6.10.), de fecha 17 de marzo de 2015 [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9a48ae804b1c0610aafdab1955d33df0/Resolucion_3873-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9a48ae804b1c0610aafdab1955d33df0

³⁴ Consulta Expediente N° 13331-2013-Del Santa (Considerando Sexto y Séptimo), de fecha 24 de abril de 2014 [Ubicado el 26.VI.2016]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/63b8ce804b1e8c33ad96af1955d33df0/Resolucion_13331-2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=63b8ce804b1e8c33ad96af1955d33df0

estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc. (Exp. N° 2223-2005-PHC/TC)”³⁵.

“No menos importante que el derecho a la identidad es, a su vez, el principio del interés superior del niño y el adolescente. Este principio, reconocido primigeniamente en la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1959 estableció en el artículo 2° que: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad (...)”³⁶.

Con estos argumentos, el Tribunal Constitucional ha reconocido la prevalencia tanto del derecho a la identidad del niño como el principio de interés superior del niño, sobre cualquier otro dispositivo legal. Si tenemos en consideración ambas instituciones jurídicas, interpretadas de manera conjunta, estas podrían romper cualquier barrera o limitación que pretenda vulnerarlas o detenerlas.

1.3.2. Aplicación del derecho a la identidad del niño en la jurisprudencia comparada

Como se ha visto en el punto anterior, el Perú ha desarrollado jurisprudencialmente el derecho a la identidad del menor; así también, debe reconocerse que este reconocimiento se ha dado en muchos países del mundo. Esto en virtud del dato mencionado anteriormente; es decir, que son 196 países los que han ratificado la Convención sobre los Derechos de los Niños. Consecuentemente, son 196 países que reconocen el derecho que tiene el niño a su identidad personal y biológica. Así tenemos el ejemplo de Chile, quien a través de sus órganos jurisdiccionales emitió Sentencia del Tribunal Constitucional EOL N° 1.340-09³⁷, de fecha 29 de setiembre de 2009:

“El intérprete constitucional extiende el derecho a la identidad personal consagrado, a favor de los niños, en el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, a todas las personas por considerarlo un derecho de carácter personalísimo fundado en la dignidad humana que solo se

³⁵ STC N° 04509-2011-PA/TC-San Martín (Fundamento Nueve), de fecha 11 de julio de 2012 [Ubicado el 25.VI.2016]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04509-2011-AA.html>

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Citado por SÁNCHEZ GUZMÁN, Verónica Amanda. *Procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: Un estudio doctrinario y jurisprudencial*, Tesis para optar el grado de Magíster, Santiago, Universidad de Chile, 2009, p. 153. [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-sanchez_v/html/index-frames.html

afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece” (Considerando 10).

Con esta jurisprudencia, el órgano jurisdiccional chileno aporta un dato que no ha sido mencionado literalmente hasta el momento, y es que, el derecho a la identidad del menor, no solo es un derecho personalísimo, sino que, está íntimamente relacionado con su dignidad como persona.

Por otro lado, en Venezuela también existen precedentes jurisprudenciales que desarrollan el derecho a la identidad del niño. Por ejemplo, el Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes³⁸, introdujo algunas precisiones que requieren ser resaltadas:

“Con fundamento en lo precedentemente expuesto y en pro de la filiación verdadera, y garantizando a la adolescente su derecho a llevar su verdadera identidad y ser cuidada por su padre real (...)”.

Sin la necesidad de terminar la cita de la decisión a la que arriba el Tribunal de Venezuela, se puede notar dos afirmaciones que resaltan. Por un lado, el Tribunal hace alusión al derecho a “llevar la verdadera identidad” y la garantía de ser cuidado por el “padre real”. Con esto, la jurisprudencia venezolana reafirma lo que se ha venido analizando durante el desarrollo de este capítulo. Es decir, el niño tiene el derecho de conocer su verdadera filiación, lo que desembocará en una verdadera identidad; así también, tiene derecho de establecer relaciones afectivas con su verdadero padre.

En consecuencia, teniendo en cuenta el reconocimiento internacional de los derechos del niño, resultaría pretencioso mencionar y analizar cada una de la jurisprudencia de los países del mundo. Por ello, con el análisis de la jurisprudencia de Chile y Venezuela, se puede concluir que cada país va dando algunas luces del derecho a la identidad del menor, reconociendo su carácter fundamental e inherente, por estar íntimamente relacionado con la dignidad de la persona.

³⁸ Decisión N° 52 de Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Lara, de fecha 03.10.2013, que obra en el Expediente N° KP12-V-2012-000387, sobre Inquisición de Paternidad [Ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:2/derecho+a+la+identidad+de+los+ni%C3%B1os/vid/470709682

CAPÍTULO 2:

LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: MEDIOS LEGALES QUE TIENEN LOS PADRES PARA ESTABLECER LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL CON SUS HIJOS

Como se ha mencionado en el capítulo anterior, en todo lo referente a las relaciones paterno-filiales, existe un estrecho vínculo entre el deber de los padres de establecer estas relaciones y el derecho de los hijos a su identidad biológica. Por tanto, desde la perspectiva de los padres, en una familia no matrimonial (familia extramatrimonial o en una unión de hecho), sus acciones respecto de los hijos giran en torno a la filiación extramatrimonial. En ese contexto, se puntualiza en la familia no matrimonial, pues en cuanto a las relaciones paterno-filiales dentro de un matrimonio se sabe que existe la presunción de que el hijo de madre casada tiene como padre al marido de esta.

Nuestro ordenamiento jurídico aborda taxativamente esta institución jurídica y lo hace regulando dos acciones legales para establecer la relación paterno-filial entre los padres y los hijos de una familia no matrimonial. Por un lado, se tiene a la acción de “reconocimiento de paternidad”; y por otro, la acción de “declaración judicial de paternidad extramatrimonial”. Por tanto, el padre, la madre y el hijo tienen derechos y acciones que les permitirá establecer las relaciones entre sí.

Bajo este preámbulo es que en el presente capítulo abordaremos estas dos acciones filiatorias reconocidas en la institución jurídica de la filiación extramatrimonial. Esto con la finalidad de explicarla y, posteriormente, reconocer las repercusiones jurídicas en esta institución jurídica por la acción negativa y la acción pasiva de los padres. Para ello, es necesario iniciar haciendo

un breve desarrollo de la relación filiatoria en términos generales; o, también reconocida en nuestra legislación, la sociedad paterno-filial.

2.1. Relación natural y jurídica entre padres e hijos: La Filiación

El ser humano es un ser social por naturaleza, no solo porque tiende a relacionarse con los demás seres de su misma especie, sino también porque su existencia depende de la unión o sociabilidad de dos seres anteriores a él, con los que se encuentra relacionado consanguíneamente. Entonces, la existencia de la persona humana, que inicia con su concepción, lo vincula inexorablemente a aquellas personas que lo concibieron. Este hecho no puede ser ajeno al derecho; por tanto, este le reconoce y regula las relaciones jurídicas que de aquel se desprenden. Una de estas relaciones jurídicas es la filiación o relación paterno-filial.

En ese sentido, cabe resaltar que, dentro de las relaciones de parentesco existentes y reconocidas actualmente, la más importante es justamente la relación de filiación, pues esta vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes. En consecuencia, y atendiendo a un criterio restrictivo, vincula a los padres con los hijos³⁹. Por ello, se puede decir que la filiación es la relación de parentesco por antonomasia; y, el derecho reconoce y establece el vínculo jurídico existente entre el padre o la madre (y ambos) con sus hijos.

El término filiación, que proviene del latín *filius* que significa hijo, desde una perspectiva general, sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de una familia. En ese sentido, desde una perspectiva amplia, en la filiación se sustentan todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos. Asimismo, desde un sentido estricto, la filiación es la institución jurídica por la que se organiza y sustenta el emplazamiento en el “estado de familia” que implica la relación jurídica paterno-materno-filial⁴⁰.

Por lo tanto, el término filiación alude y hace referencia directa a la descendencia, al lazo o relación existente entre padres e hijos⁴¹ que puede también denominarse relación paterno-filial.

³⁹ Cfr. OLGUÍN BRITTO, Ana María. “Los derechos de filiación en las técnicas de fecundación artificial” en Jornadas internacionales de derecho de familia. La familia: Naturaleza y régimen jurídico en el siglo XXI. Chiclayo, USAT, 26 – 27 de octubre 2007, p. 12.

⁴⁰ Cfr. BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2006, pp. 223 – 224.

⁴¹ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el código civil peruano*, 2ª reimpresión, Lima, Ediciones Legales, 2010, p. 229.

Así tenemos que, del hecho mismo de que la persona deba la existencia – su existencia – a su procreación o generación por un hombre y una mujer, deriva su filiación biológica con estos progenitores, asimismo, de este hecho se deriva su filiación jurídica; consecuencia, esta última, de la primera, porque se reconoce que la filiación jurídica es la expresión, para el Derecho, en línea de principio, de aquella relación o filiación biológica⁴². Por esto se dice que “la determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación”⁴³. Así, de la filiación jurídica se deriva la relación jurídica filiatoria; es decir, la paternidad y la maternidad respecto de otra u otras personas, los hijos; esto, con el conjunto de deberes, derechos y obligaciones que se derivan como consecuencia de esta relación jurídica.

Finalmente, respecto de la relación jurídica filiatoria, podemos agregar, sin ánimo de hacer un desarrollo doctrinario o legislativo al respecto, que también se reconoce aquella filiación jurídica que no es consecuencia de la relación biológica existente entre los sujetos involucrados; sino que es el Derecho el que establece esta relación; o, mejor dicho, constituye esta relación. Con esto se hace referencia a la “adopción”. Institución en la cual también se establece una relación jurídica filiatoria con los consecuentes derecho, deberes y obligaciones, pero sin que se corresponda necesariamente con la relación biológica filiatoria. En suma, es el Derecho el que establece el parentesco (padre – hijo) entre una y otra persona.

2.1.1. Determinación de la relación filiatoria

En acápites precedentes se ha mencionado y puntualizado en el vínculo que existe entre la relación biológica filiatoria y la relación jurídica filiatoria. En ese sentido, tratándose de la filiación por naturaleza o biológica, y habida cuenta del principio de la realidad, es evidente que el suceso determinante para establecer la relación jurídica filiatoria es la procreación o concepción biológica, siendo esta la *causa iuris* y fundamento básico de esta institución jurídica⁴⁴; excluyendo, claro está, a la adopción. Por esta razón, para el establecimiento de la relación paterno-filial cobra principal relevancia el hecho biológico y natural de concepción y

⁴² Cfr. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros. *Elementos del derecho civil, IV: Familia*, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2010, p. 299; y, LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros. *Elementos del derecho civil, IV: Derecho de familia*, 4ª ed., Barcelona, María Bosch Editor, 1997, p. 419.

⁴³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial en razón de la Ley 28457 y la acción intimidatoria de paternidad*, 2006 [Ubicado el 16.IX.2016]. Obtenido en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2252/18.pdf>, p. 356.

⁴⁴ Cfr. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros. *Elementos del derecho civil, IV: Familia...*, 2010, *Ob. cit.*, p. 305; y, LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros. *Elementos del derecho civil, IV: Derecho de familia...*, 1997, *Ob. cit.*, p. 429.

procreación humana. Así se tiene que, “la determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta”⁴⁵.

Se reconoce también que, establecer el vínculo paterno-filial y la paternidad misma no es una tarea sencilla, sino compleja; por ello, el ordenamiento jurídico reconoce algunas presunciones legales para suplir la dificultad y complejidad al momento de establecer este vínculo. Estas presunciones son aplicadas invocando la protección de los derechos tanto de los padres como de los hijos; esto, en cumplimiento del precepto constitucional que reconoce la promoción y protección de la familia.

A pesar de que a nivel legislativo la determinación de la filiación está regulada a través de la filiación matrimonial y extramatrimonial, a nivel doctrinario y a nivel de la práctica jurídica, podemos reconocer, en términos generales, tres formas en las que se puede establecer y determinar la relación filiatoria o relación paterno-filial; estas son, legal, judicial y extrajudicialmente⁴⁶. Para fines de la presente investigación, la determinación de la filiación será estudiada según esta última clasificación, dentro de la cual también será ubicada la clasificación que reconoce nuestra legislación nacional.

➤ **Determinación legal**

En lo contemplado por nuestra legislación nacional podemos decir que la filiación o relación paterno-filial puede ser determinada legalmente. Esto es, porque la Ley reconoce y establece la relación filiatoria cuando se está en determinados supuestos. Aquí se encuentran las presunciones establecidas en los artículos 361° y 362° del código civil⁴⁷; pues, es en virtud de la Ley que se establece y determina la relación filiatoria entre el hijo y el padre. Por consiguiente, en esta clasificación se encuentra la denominada filiación matrimonial, que en nuestro ordenamiento jurídico está regulada desde el artículo 361° hasta el artículo 385° del código civil; donde, además, se regula también la institución antes mencionada de la adopción.

⁴⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Artículo 386. Hijos extramatrimoniales” en *Código civil comentado*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 525.

⁴⁶ Cfr. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros. *Elementos del derecho civil, IV: Familia...*, 2010, *Ob. cit.*, p. 314.

⁴⁷ Artículo 361° del Código Civil: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”.

Artículo 362° del Código Civil: “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”.

➤ **Determinación judicial**

Acorde con nuestro desarrollo y ordenamiento jurídico, se habla de la determinación del vínculo filiatorio de forma judicial cuando este queda establecido a través de una sentencia firme, recaída en un proceso civil. En ese sentido, aquí encontramos una de las acciones legales reconocidas por nuestro código civil para la filiación extramatrimonial; esto es, la declaración judicial de filiación extramatrimonial. Es decir, la relación paterno-filial quedará establecida por el juez a través de una declaración judicial, tramitada en un proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, reguladas en el artículo 402° del código civil y en la Ley N° 28457, respectivamente; esta última, modificada por la Ley N° 30628.

Asimismo, el vínculo filiatorio puede ser establecido judicialmente en la acción de filiación, regulada en el artículo 373° del código civil⁴⁸. Acción que está reservada para el menor; es decir, es el hijo quien inicia la acción de filiación, la cual se tramitará conjuntamente contra el padre y la madre o contra los herederos de estos. De este modo, la relación paterno-filial será determinada y establecida por el juez.

➤ **Determinación extrajudicial**

Del mismo subtítulo es sencillo inferir que la determinación de la relación filiatoria también puede establecerse sin la necesidad de una declaración judicial. Aquí cobran relevancia los medios legales que nuestro ordenamiento jurídico regula para determinación la relación paterno-filial por la sola voluntad de los progenitores. En ese sentido, dentro de esta forma de determinación del vínculo jurídico entre padres e hijo, encontramos al reconocimiento de paternidad en los casos de filiación extramatrimonial. El cual “se hace constar en el registro de nacimiento, en escritura pública o en testamento”⁴⁹. En consecuencia, no es necesario hacer ejercicio del derecho de acción para que la relación filiatoria sea establecida por un juez, sino que son los mismos padres los que la establecen a través de su manifestación de voluntad, que puede hacerse “(...) en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente”⁵⁰.

⁴⁸ Artículo 373° del Código Civil: “El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos”.

⁴⁹ Artículo 390° del Código Civil peruano.

⁵⁰ Artículo 391° del Código Civil peruano.

2.1.2. La relación jurídica filiatoria en la legislación nacional

Del acápite precedente se puede inferir que la relación biológica filiatoria importa al Derecho, por ello, nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido la relación paterno-filial dentro de su normativa vigente. Es así que, nuestro Código Civil en su Libro III, Sección Tercera, titulada “Sociedad Paterno-Filial” ha regulado dos instituciones jurídicas a través de las cuales se puede establecer la relación jurídica filiatoria, llamada “relación paterno-filial”. Por un lado, la filiación matrimonial que opera cuando “el hijo nace dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución (...)”⁵¹. Por otro lado, la filiación extramatrimonial que opera cuando los hijos son “concebidos y nacidos fuera del matrimonio”⁵², la cual puede quedar establecida a través del reconocimiento de paternidad o a través de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

Dentro de la filiación matrimonial, nuestra legislación regula y reconoce dos instituciones jurídicas a través de las cuales se puede establecer la relación paterno-filial. Primero, en los “hijos matrimoniales” se centra y resume lo que se entiende por filiación matrimonial, pues aquellos hijos nacidos dentro de la institución del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, se presume que tienen por padre al marido de la madre. Por tanto, se establece el vínculo filiatorio a través de una presunción legal, que para este caso se trata de una presunción *iuris tantum*; es decir, que admite prueba en contrario, debido a que, es el mismo Código Civil el que regula en sus artículos siguientes la acción de negación de paternidad, mediante la cual los padres pueden contestar la paternidad que se les pretende imputar.

La segunda institución jurídica para establecer la relación paterno-filial en la filiación matrimonial es la adopción, reconocida como una institución tutelar del derecho de familia mediante la cual una persona adquiere de otra la calidad de hijo a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con ella. De esta forma, es la ley la que crea una relación paterno-filial entre adoptante y adoptado, quien deja de pertenecer a su familia biológica consanguínea para ser parte de una nueva familia. Adquiriendo todos los derechos y obligaciones que a un hijo le corresponden. Siendo así, la relación filiatoria queda establecida por ley⁵³.

Por otro lado en la filiación extramatrimonial, “la calidad de hijo extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica, el nacimiento, se

⁵¹ Artículo 361° del Código Civil peruano.

⁵² Artículo 386° del Código Civil peruano.

⁵³ Cfr. VARSIROSPIGLIOSI, Enrique. “Artículo 377. Definición de adopción” en *Código civil comentado*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 499.

producen fuera del matrimonio”⁵⁴. Así, el Código Civil vigente regula dos modalidades bajo las cuales se puede establecer la relación jurídica filiatoria entre padres e hijos. Esto es, mediante el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, a través del cual, “el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos”⁵⁵. Asimismo, se puede establecer esta relación jurídica a través de una declaración judicial de filiación extramatrimonial, mediante la cual, es el juez quien establecerá el vínculo filiatorio entre el padre y el hijo extramatrimonial.

Así también, se debe señalar que no solo el código civil peruano vigente reconoce la institución jurídica de la filiación. Para remarcar la relación jurídica filiatoria que se establece en la adopción que regula aquel cuerpo normativo, el código de los niños y adolescentes establece que “la adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”⁵⁶. En virtud de ello, nuestra legislación nacional reconoce la relevancia jurídica de la relación biológica filiatoria, tal como ya se ha puntualizado en el acápite precedente. Así pues, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la relación jurídica que existe entre padres e hijos, estableciendo para ella derechos, deberes y obligaciones.

2.2. Mecanismos legales para establecer la relación paterno-filial en una relación extramatrimonial

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el código civil, se reconocen mecanismos a través de los cuales se puede establecer la relación paterno-filial. Por un lado, se regula el “reconocimiento de los hijos extramatrimoniales” desde el artículo 386° hasta el artículo 401°. Por otro lado, se regula la “declaración judicial de filiación extramatrimonial” desde el artículo 402° hasta el artículo 414°.

Sin embargo, del análisis de cada uno de los artículos antes mencionados y del análisis de la práctica jurídica, se puede establecer una clasificación de los medios legales y procesales con los que cuenta una persona para establecer la relación paterno-filial. Dejando claro, además,

⁵⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Artículo 386. Hijos extramatrimoniales... *Ob. cit.*, p. 521.

⁵⁵ Artículo 388° del Código Civil peruano.

⁵⁶ Artículo 115° del Código de los Niños y Adolescentes – Ley N° 27337.

que estos medios serán analizados y estudiados en esta investigación desde la perspectiva de los padres y no de los hijos.

De este modo, tanto del código civil como de la práctica jurídica procesal, podemos establecer o reconocer tres medios a través de los cuales se puede establecer la relación paterno-filial. El primero de ellos, el reconocimiento de paternidad o reconocimiento de los hijos extramatrimoniales; es decir, el acto jurídico en virtud del cual son los padres (sea el padre o la madre, en conjunto o individualmente) quienes reconocen el vínculo con el menor. El segundo de ellos, la impugnación del reconocimiento de paternidad; es decir, frente al hecho de un reconocimiento de la relación paterno-filial por parte de una persona que no es el padre o la madre del menor, cabe la impugnación de este acto por parte del que se considera la madre o padre biológico. Finalmente, el tercero de ellos, la declaración judicial de filiación extramatrimonial; es decir, será el juez, a pedido de parte, quien establezca la relación paterno-filial, como consecuencia de las pruebas (examen de ADN) o la renuencia del presunto padre o madre para contestar el emplazamiento de la demanda.

2.2.1. Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales

El reconocimiento de la relación paterno-filial entre un padre o una madre y su hijo es un acto jurídico en virtud del cual se reconoce y establece la relación biológica natural entre estas personas. Reconociéndoles con ello todos los derechos y deberes propios de esta relación. Este medio para el establecimiento de la relación paterno-filial se encuentra regulado en el artículo 388° de nuestro código civil, el cual dispone que “el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos”. Evidenciándose, en el citado artículo, que se trata de un acto jurídico voluntario, ya sea del padre y la madre conjuntamente o solo de alguno de ellos.

Siendo así, “se trata del reconocimiento que otorga título de estado en sentido sustancial y también formal, de modo que, en virtud de ese reconocimiento, se perfecciona el estado paterno-filial con los caracteres propios que le son inherente”⁵⁷. Ello debido a que, en virtud de este acto jurídico familiar se emplaza a una persona en el estado de hijo y, consecuentemente, se emplaza a quien afirma la paternidad o maternidad, en el estado de padre o madre de ese hijo.

⁵⁷ PLACIDO V., Alex E. *Filiación y patria potestad*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 139.

Es así que, en doctrina se reconocen algunos caracteres del acto jurídico del reconocimiento de paternidad. Es un acto unilateral, pues basta la sola manifestación de voluntad de quien reconoce sin la necesidad de la aceptación del reconocido. Es un acto declarativo y no constitutivo del estado de familia debido a que tiene efecto retroactivo al momento de la concepción. Es un acto que emplaza en el estado de familia de hijo extramatrimonial. Es un acto puro y simple ya que no puede sujetarse a condición, modo o plazo. Es un acto individual. Finalmente, se reconoce que es un acto irrevocable pues esta es consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia que constituye o del cual es su presupuesto⁵⁸.

2.2.2. Impugnación del reconocimiento de paternidad

En este punto conviene hacer una aclaración. Legalmente, el reconocimiento de paternidad puede ser impugnado a través de dos medios. Por un lado, mediante la acción de invalidez del reconocimiento que ataca al acto jurídico que contiene el reconocimiento de paternidad por vicios en sus requisitos de validez. Por otro lado, la impugnación de paternidad propiamente dicha que ataca el vínculo mismo de la relación entre el que reconoce y el reconocido por no adecuarse a la realidad biológica⁵⁹. Esta aclaración responde a la finalidad de esta investigación, pues para fines del presente trabajo importa la impugnación de paternidad propiamente dicha y no la acción de invalidez del reconocimiento.

Luego de la precisión anterior, se debe observar a la impugnación de paternidad como un ejercicio del derecho de acción. Por tanto, la acción de impugnación del reconocimiento de paternidad “es la que tiende a atacar el reconocimiento, no por vicios, sino por no concordar con la realidad biológica (...). Es una acción declarativa, de contestación y desplazamiento del estado de familia”⁶⁰ con la que se busca cuestionar y negar que quien reconoce sea el padre o la madre del reconocido. En muchos casos, con la finalidad de establecer el verdadero vínculo filiatorio entre el padre o la madre y el hijo.

2.2.3. Declaración judicial de filiación extramatrimonial

La propia frase da luces de lo que se refiere este tema. Esta declaración es un proceso que ha sido reconocido por la legislación procesal peruana; pues, como ya se mencionó en un acápite anterior, la Ley N° 28457, modificada por la Ley N° 30628, regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, la cual establece los estándares

⁵⁸ Cfr. PLACIDO V., Alex E. *Ob. Cit.*, pp. 145 – 161.

⁵⁹ Cfr. PLACIDO V., Alex E. *Ob. Cit.*, pp. 177 – 178.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 346.

procedimentales del proceso de filiación extramatrimonial; y, estableciendo, además, el “proceso especial” para los casos de la declaración judicial de filiación extramatrimonial.

Por tanto, ante el supuesto de que un padre no quiera reconocer la paternidad de su menor hijo, la madre está facultada para iniciar este proceso. Logrando con ello que el juez notifique al padre, quien a su vez tiene dos opciones. Por un lado, puede reconocer voluntariamente la paternidad del niño ante la institución pertinente (RENIEC)⁶¹; o, por otro lado, puede oponerse a la demanda iniciada y someterse a una prueba de ADN. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el padre no realice ninguna de estas acciones. En tal caso, la misma Ley otorga al juez la facultad de establecer judicialmente la paternidad a través de un mandato judicial⁶².

Estas situaciones son recurrentes en la realidad peruana. Por citar algunos ejemplos, que además fueron mediáticos, tenemos el caso del futbolista Jefferson Farfán, que en el año 2009 fue demandado para que reconozca la paternidad de la hija que tuvo con la señora Mercedes Carrasco. Sin embargo, el seleccionado peruano no se presentó al juicio y tampoco se sometió a las pruebas de ADN; por lo que, fue el juez quien declaró judicialmente su paternidad. Del mismo modo sucedió con el caso del periodista Alejandro Guerrero y el muy conocido caso del expresidente Alejandro Toledo⁶³.

Como se aprecia, la Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial ha resultado coherente con la realidad nacional. En ese sentido y, en resumen, esta Ley establece el siguiente procedimiento:

Se trata de “un proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial. Se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la paternidad. La única defensa del emplazado es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN (en el plazo de 10 días siguientes). (...) Transcurrido el plazo y no habiéndose realizado la pericia por causa injustificada el mandato se convierte en declaración de paternidad. Cabe la apelación en el plazo de tres días, el Juez de

⁶¹ Cabe precisar que el reconocimiento de paternidad extramatrimonial también es posible de realizar a través de la vía notarial, mediante testamento o escritura pública. Cfr. Perú.com. *¿Cómo se procede para reconocer a un hijo nacido fuera del matrimonio?*, 2014 [Ubicado el 27.IX.2016]. Obtenido en <http://peru.com/actualidad/mi-ciudad/reniec-sabes-como-se-procede-reconocer-hijo-nacido-fuera-matrimonio-noticia-220109>

⁶² Cfr. Perú.com. *¿Cómo se procede para reconocer a un hijo nacido fuera del matrimonio?*, 2014, *Ob. Cit.*

⁶³ Cfr. Perú 21. *Ahora es más fácil exigir que se reconozca a hijos negados*, 01 de noviembre de 2014 [Ubicado el 27.IX.2016]. Obtenido en <http://peru21.pe/actualidad/hijos-negados-ahora-mas-facil-exigir-que-se-reconozca-y-pase-alimentos-2202810>

*Familia tendrá diez días para resolver. Por el contrario, si la prueba de ADN descarta la paternidad la oposición será fundada y el demandante condenado en costas y costos (...)*⁶⁴.

En consecuencia, la declaración judicial de filiación (o paternidad) extramatrimonial es un proceso judicial en virtud del cual la madre puede establecer el vínculo entre su hijo y el padre biológico del mismo.

2.3. Obligatoriedad del establecimiento de la relación paterno-filial

Al reconocer y regular nuestro ordenamiento jurídico vigente la institución jurídica de la filiación y los diferentes medios o mecanismos a través de los cuales puede ser establecida; y, en aplicación de una deducción lógica, podemos afirmar que son los padres quienes están llamados a realizar las acciones necesarias para determinar y establecer la relación paterno-filial entre ellos y sus hijos. Por lo que, cabe cuestionarse ¿Es obligatorio para los padres el establecimiento de la relación paterno-filial de los hijos?

El cuestionamiento cobra relevancia debido a todos los derechos y deberes de orden constitucional que se derivan de esta relación jurídica. Entre ellos tenemos, el derecho a la identidad⁶⁵; la protección del niño como deber de la sociedad y del Estado⁶⁶; los deberes y derechos de los padres frente a los hijos⁶⁷, como el de darles seguridad; y, el principio de interés superior del niño⁶⁸, que también tiene rango constitucional.

Por ello, es conveniente formular nuevamente la pregunta, pero esta vez con un razonamiento previo. Si el menor tiene derecho a su identidad, para el presente caso, biológica; además, si tanto la sociedad y el Estado protegen particularmente al niño; si los padres no solo tienen el derecho, sino también el deber de dar seguridad a sus hijos; y, finalmente, si en virtud del principio superior del niño, este goza de una protección especial; entonces ¿Es posible hablar de una obligación de los padres de establecer la relación paterno-filial de los hijos?

⁶⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre*, 2005 [Ubicado el 25.IX.2016].

Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77a816804678ba6aa0bce693776efd47/El+nuevo+proceso+de+filiaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77a816804678ba6aa0bce693776efd47>

⁶⁵ Artículo 2° inciso 1 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad (...).”

⁶⁶ Artículo 4° de la Constitución: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...).”

⁶⁷ Artículo 6° de la Constitución: “(...) Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (...).”

⁶⁸ Artículo 3° inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

Haciendo, sobre todo, principal hincapié en el hecho de que se está frente al derecho fundamental a la identidad del niño.

En efecto, sí existe la obligación de los padres de establecer la relación filiatoria de sus hijos. Esto, porque la filiación está íntimamente relacionada con el derecho a la identidad biológica del menor, la cual versa sobre la personalidad del ser humano y su autodeterminación como tal. Además de lo anterior, es necesario tener en consideración que se está haciendo referencia y trastocando un derecho fundamental del menor, por lo que, todo análisis, interpretación y aplicación del derecho debe realizarse bajo el principio de “interés superior del niño”, el cual propugna una nula o mínima afectación de los derechos e intereses de este.

2.4. Criterios jurisprudenciales respecto a la filiación extramatrimonial

Nuestros órganos jurisdiccionales se han pronunciado respecto a la filiación extramatrimonial y el establecimiento de la relación paterno-filial. Ellos, a través de la jurisprudencia, han utilizado criterios que importan a la presente investigación; y que, además, refuerzan la posición e hipótesis del acápite anterior; es decir, la obligatoriedad del establecimiento de la relación paterno-filial.

2.4.1. STC N° 227-2011-PA-TC

En el Fundamento 5 de esta sentencia, el Tribunal Constitucional precisa lo siguiente:

“Este Colegiado aprecia también que detrás de toda pretensión de declaración de paternidad subyace in vivo el ejercicio del derecho fundamental a la identidad, el cual comprende el derecho a un nombre – conocer a sus padres y conservar sus apellidos –, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica (Cfr. STC N° 02432-2005-PHC, Fundamento 4) (...)”.

Con ello, el máximo intérprete de la Constitución reconoce que, en la filiación extramatrimonial, subyace el derecho fundamental a la identidad del menor, el cual comprende, entre otros, el derecho de conocer a sus padres y conservar sus apellidos. Lo cual, refuerza la idea de la obligatoriedad del establecimiento de la relación paterno-filial.

2.4.2. Sentencia A.A. N° 4167-2011-Junín

En esta sentencia, conviene tener en cuenta lo que el órgano jurisdiccional entiende por “derecho a la identidad”. En ese sentido, en el Considerando OCTAVO se precisa lo siguiente:

“Asimismo, el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; por ello, el derecho a la identidad personal deber ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y a un estado civil) y el dinámico que es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; el conjunto de éstos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, que lo hace diferente a los demás”.

Del mismo modo, este órgano jurisdiccional precisa el contenido del derecho a la identidad, por lo que, en el Considerando NOVENO de la sentencia precisa lo siguiente:

“En ese orden de ideas, el derecho que tiene toda persona a conocer quiénes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es sino la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible erga omnes, por tanto no admite límites de ninguna naturaleza sean éstos temporales o materiales (...)”.

En esta sentencia se reconoce el carácter inalienable, perpetuo y oponible erga omnes del derecho a la identidad de la persona, lo que le otorga un estatus preponderante al momento de analizarlo dentro de otras instituciones jurídicas. Con ello, se reafirma que, en virtud de este derecho, el establecimiento de la relación paterno-filial es uno de los deberes más importantes de los padres frente a los hijos.

2.4.3. Casación N° 2726-2012-Del Santa

La Corte Suprema, en el Considerando OCTAVO de esta sentencia, precisa lo siguiente:

“Que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, el cual comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos (...). Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (...)”.

Siguiendo con el análisis del derecho a la identidad, en el Considerando NOVENO de esta casación, la Corte Suprema puntualiza lo siguiente:

“Que, el derecho a la identidad, debe protegerse de modo preferente, atendiendo a que “la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales, por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica” [Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 22]”.

En consecuencia, el derecho a la identidad tiene un lugar privilegiado al momento de realizar cualquier análisis, interpretación o aplicación del derecho; y, teniendo en cuenta que, el primer momento en el que se puede hacer efectivo este derecho es en el momento del nacimiento, se vuelve a caer en cuenta de la obligación que tienen los padres de establecer la relación paterno-filial de sus hijos.

CAPÍTULO 3:

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: UNA CONSECUENCIA JURÍDICA POR EL DAÑO MORAL OCASIONADO

Dado que los padres cuentan con mecanismos legales idóneos y eficaces para establecer el vínculo filiatorio con sus hijos; si aquellos, con una actitud omisiva por parte del padre o una actitud pasiva por parte de la madre, no inician los procedimientos para determinar y establecer estas relaciones paterno-filiales; definitivamente afectan el derecho a la identidad del menor. De este modo, esa afectación se traduce en un daño moral ocasionado al menor.

En virtud de ello, y teniendo en cuenta la regla genérica prevista en nuestro ordenamiento jurídico, la cual establece que aquel que causa daño a otro está obligado a indemnizarlo, es válido el cuestionamiento referente a la indemnización por los daños ocasionados como consecuencia de la aludida afectación o vulneración – conducta omisiva o pasiva de los padres – al derecho a la identidad del menor.

Por lo tanto, en alusión al artículo 1969° del código civil, “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...)”, la vulneración o afectación del derecho a la identidad del menor deviene en una responsabilidad civil extracontractual del agente que ocasiona dicho daño. Para el caso de la presente investigación, la responsabilidad civil extracontractual por la conducta omisiva del padre y la responsabilidad civil extracontractual por la conducta pasiva de la madre, ambos supuestos respecto al establecimiento de la relación paterno-filial con el menor.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, para efectos de la presente investigación, la responsabilidad civil extracontractual no será relacionada con el daño patrimonial; es decir, con el lucro cesante y el daño emergente; sino, se incidirá en que la vulneración o afectación del derecho antes mencionado (derecho a la identidad), ocasiona un daño moral a niño. En consecuencia, en el presente capítulo se desarrollará la institución jurídica de la responsabilidad civil, haciendo hincapié en la responsabilidad civil extracontractual, así como en los elementos o presupuestos que esta contempla.

3.1. Desarrollo doctrinario y jurídico de la responsabilidad civil

En general, la palabra "responsabilidad" tiene un contenido de ancho espectro; pues, existe una responsabilidad de tipo ético, una responsabilidad a nivel social, una responsabilidad de orden religioso, una responsabilidad de naturaleza jurídica, entre tantas otras. Por lo que, para efectos de la presente investigación, resulta relevante analizar la responsabilidad jurídica; y, dentro de ella, la responsabilidad civil, entendida como aquella responsabilidad que “surge (...) de un acto ilícito civil”⁶⁹.

Por tanto, en el ámbito jurídico y, específicamente, “(...) en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”⁷⁰.

Efectivamente, mediante las reglas de la responsabilidad civil se busca reparar el daño injustamente causado, bien sea como consecuencia del incumplimiento de un contrato (responsabilidad contractual) o de la comisión de un hecho ilícito (responsabilidad extracontractual), imponiendo al autor del daño la obligación de pagar una indemnización, la

⁶⁹ ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, traducido por Leysser L. León, Lima, Jurista Editores, 2006, p. 158.

⁷⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981, p. 10.

misma que debe ser íntegra a fin de colocar a la víctima en la misma situación que se encontraba antes de producirse el daño⁷¹.

Entonces, "(...) la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnización por daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (principalmente contractual), o como resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional"⁷², denominada esta última como responsabilidad civil extracontractual; institución jurídica aplicable en el caso de la presente investigación, toda vez que la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial, por carecer de una relación contractual, es una de carácter extracontractual.

3.1.1. Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil

Tanto en la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual, los elementos o presupuestos que, según tradición, deben concurrir para que nazca una obligación de indemnizar son los siguientes: una conducta activa y omisiva de la persona a quien se reclama la reparación, denominada "antijuridicidad"; la existencia de un daño injusto que lesione un derecho jurídicamente tutelable, denominado "daño"; la existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño, denominada "nexo de causalidad"; y, un criterio de imputación (culpa, riesgo, beneficio, etc.), denominado "factor de atribución"⁷³. Por tanto, conviene hacer un estudio y análisis de cada uno de estos presupuestos, con la finalidad de, posteriormente, volver a tratarlos, pero esta vez, relacionados a la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial.

➤ Antijuridicidad

En términos generales, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también, cuando esta conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores y principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico⁷⁴.

⁷¹ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos. "La responsabilidad civil en el código civil peruano de 1984" en *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Comentario a las normas del código civil*, Vol. I Responsabilidad contractual, Breña, Pacífico Editores, 2015, 29 – 40, p 29.

⁷² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*, 2ª ed., Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2003, p. 34.

⁷³ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. Fernando y otros. *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002, pp. 34 – 35.

⁷⁴ Cfr. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo citado por TUESTA VÁSQUEZ, Fátima Suley, *Ob. Cit.*, p. 51.

Por lo tanto, quedará satisfecho este presupuesto en tanto la conducta vulnere un derecho, viole un principio o sea contrario a una norma prohibitiva.

En efecto, la antijuridicidad es un presupuesto o elemento de la responsabilidad civil que quedará evidenciado o configurado al transgredir, justamente, la norma impuesta por el derecho y, en determinados supuestos, al contravenir los valores de la convivencia o cuando se presenta una situación de injusticia⁷⁵. Por lo tanto, la antijuridicidad abarca a las variantes de ilegalidad, ilicitud, incumplimiento y abuso. Ilegalidad cuando una acción se encuentra expresamente prohibida por la ley; ilicitud cuando un acto se ejecuta sin derecho, constituyendo una infracción a un deber jurídico genérico o específico; y, abusivo cuando un acto es irregular o sobrepasa lo permitido⁷⁶.

➤ **Daño**

El elemento o presupuesto “daño”, es “el trastorno, menoscabo o lesión de un bien, un derecho o de un patrimonio en su aspecto económico, pecuniario o material, o en su aspecto emocional o fisiológico, es un elemento indispensable para configurar la responsabilidad jurídico-civil. Si no hay daño no hay responsabilidad civil, porque este es un elemento esencial y determinante”⁷⁷. En suma, el daño es toda lesión, detrimento o perjuicio que sufre una persona o su patrimonio, el cual, además, debe ser cierto y no eventual o hipotético⁷⁸.

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, que es la que importa para la presente investigación, en el artículo 1985° de nuestro Código Civil⁷⁹, el daño es reconocido en sus variantes de daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral. Los cuales pueden ser agrupados en dos categorías. Por un lado, los daños patrimoniales, que incluyen el daño emergente y el lucro cesante. Por otro lado, los daños extrapatrimoniales, que incluyen el daño a la persona y el daño moral.

Dentro de los daños patrimoniales, el **daño emergente** es entendido como el empobrecimiento del patrimonio del acreedor o, entendido también, como las pérdidas

⁷⁵ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima, Pacífico Editores, 2016, p. 120.

⁷⁶ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 36.

⁷⁷ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª ed., Bogotá, Editorial Temis S.A., 2003, p. 20

⁷⁸ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 37.

⁷⁹ Artículo 1985° del Código Civil: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral (...)”.

económicas que sufre el acreedor⁸⁰, “el coste de la reparación necesaria del daño causado y los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio”⁸¹; y, por otro lado, el **lucro cesante** es entendido como “(...) aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino”⁸² o, entendido también, como el legítimo enriquecimiento que se ha visto frustrado⁸³.

En cuanto a los daños extrapatrimoniales, el **daño a la persona** es “(...) la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas”⁸⁴, cuyos efectos recaen en el ser de estas, consideradas en sí mismas, como sujetos de derecho, desde la concepción hasta la muerte; y, por otro lado, el **daño moral** es “(...) la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima”⁸⁵, por lo que, las consecuencias del daño afectan “directamente a la unidad psicosomática de la persona, más precisamente y como está dicho, a la esfera psíquico-emocional, generalmente de carácter no patológico”⁸⁶.

➤ **Nexo de causalidad**

El nexo de causalidad o, también llamado, relación de causalidad, es entendido como “(...) la relación o vínculo que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Si no hay nexo causal no surge responsabilidad civil, porque el daño no puede imputarse sino a quien ejecutó el hecho”⁸⁷. De este modo, doctrinariamente, en la relación causal puede distinguirse entre la causalidad natural y jurídica. La primera de ellas es aquella que se produce en la realidad y vincula, directamente, a la víctima con el autor del daño; y, la segunda, es aquella que se genera por imperio de la norma u ordenamiento jurídico⁸⁸.

⁸⁰ Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe. “Estudio preliminar de la responsabilidad civil contractual” en *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Comentario a las normas del código civil*, Vol. I Responsabilidad contractual, Breña, Pacífico Editores, 2015, 51 – 72, p. 58.

⁸¹ VICENTE DOMINGO, Elena y otros. *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002, p. 75.

⁸² DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*, Tomo I, 4ª ed., Vol. IV, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 37.

⁸³ Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe. *Ob. Cit.*, p. 58.

⁸⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. Cit.*, p. 302.

⁸⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Ob. Cit.*, pp. 59 – 59.

⁸⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Artículo 1984°. Daño moral” en *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Comentario a las normas del código civil*, Vol. I Responsabilidad contractual, Breña, Pacífico Editores, 2015, 245 – 294, p. 266.

⁸⁷ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Ob. Cit.*, 236.

⁸⁸ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 39.

Del mismo modo, la doctrina ha estructurado diversas teorías sobre la relación o nexo de causalidad, destacando la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa próxima y la teoría de la causa adecuada, entre otras. Sin embargo, pese a todas estas teorías, conviene centrarnos en la teoría que resulta más importante para los fines de la presente investigación. Siendo esto así, la teoría de la causa adecuada cobra relevancia debido a que se refiere al nexo causal en la responsabilidad civil extracontractual.

La teoría de la causalidad adecuada sostiene que los fenómenos que concurren a un resultado son de varias categorías. Unos que inciden de forma manifiesta que denomina “causas” y otros de incidencia menos determinante que califica como “condiciones”. Dentro de las verdaderas causas, debe seleccionarse la más adecuada al resultado, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que rodean cada caso⁸⁹.

Por otro lado, debe precisarse también que, dentro del presupuesto “nexo de causalidad”, existen los denominados “supuestos de ruptura del nexo causal”, definidos como “causas extrañas o ajenas (...) que desvirtúan o excluyen la presunta responsabilidad de un sujeto por la generación de daños”⁹⁰. Los cuales son, según la doctrina y legislación nacional, el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho determinante de tercero y el hecho de la propia víctima o del acreedor.

➤ **Factor de atribución**

Doctrinariamente, el factor de atribución puede ser objetivo o subjetivo⁹¹. El primero está referido a la culpa y “pretende establecer una relación entre el hecho y la voluntad o querer del presunto responsable”⁹², que a su vez comprende tanto a la culpa como al dolo. El segundo, se establece en abstracto, o sea cuando se compara con otra conducta patrón, la cual, además, se diferencia de la llamada culpa subjetiva, que la establece en concreto, es decir, analizando las circunstancias personales y subjetivas del causante⁹³; es decir, para el factor de atribución objetivo importa la realización de determinadas

⁸⁹ Cfr. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Ob. Cit.*, p. 237.

⁹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. Cit.*, p. 277.

⁹¹ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 40.

⁹² MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Ob. Cit.*, p. 19.

⁹³ Cfr. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Ob. Cit.*, p. 219.

conductas o situaciones a los que el ordenamiento jurídico les atribuye responsabilidad civil⁹⁴.

3.1.2. Responsabilidad civil en el derecho de familia

Todo lo tratado en el presente capítulo respecto a la responsabilidad civil, en particular, los principios generales que en esta se encuentran, se extiende en su aplicación a las distintas ramas del derecho, entre ellas, también al derecho de familia⁹⁵, por lo que, en coherencia con la finalidad de la presente investigación, corresponde analizar esta institución jurídica dentro del ámbito del derecho de familia.

En este contexto, es necesario reconocer que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y relaciona ambas instituciones jurídicas; es decir, el derecho de familia y la responsabilidad civil. Sin embargo, también debe reconocerse que, dada las circunstancias sociales y procesales de la actualidad⁹⁶, debería existir una regulación expresa y detallada de la responsabilidad civil en el derecho de familia; pues, en referencia a esta relación, nuestra legislación nacional resulta insuficiente; pero, no por ello debería existir desprotección de las personas que conforman la relación familiar, debido a que, la institución jurídica de la responsabilidad civil permite, como se mencionó al principio de este párrafo, la aplicación de sus principios generales a las demás ramas del derecho.

En ese sentido, haciendo una relación entre una y otra institución jurídica, concluimos que, la responsabilidad civil derivada de las relaciones familiares se ubica dentro de la responsabilidad extracontractual; puesto que, se origina por el incumplimiento de un deber general (el no causar daño a otro) y no como consecuencia de una relación contractual⁹⁷. Por lo tanto, para estos casos, resultan de aplicación las reglas generales de la responsabilidad civil, siendo el principio rector lo dispuesto en el artículo 1969⁹⁸ del Código Civil.

⁹⁴ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. Cit.*, p. 183.

⁹⁵ Cfr. ARCE ESPINOZA, Carla. *La filiación extramatrimonial y la responsabilidad civil*, Tesis para optar el título profesional de Abogado, Ayacucho, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, 2015, p. 105, [Ubicado el 15.IX.2017].
Obtenido en

http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/803/Tesis%20D53_Arc.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁹⁶ La práctica jurídica y una breve investigación nos llevan a concluir que los procesos de filiación y alimentos constituyen la mayor carga procesal de los juzgados.

⁹⁷ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad civil en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 11.

⁹⁸ Artículo 1969° del Código Civil: “Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Finalmente, conviene hacer un recuento de los artículos pertinentes de nuestro Código Civil que abarcan el tema de la responsabilidad civil en el derecho de familia:

- **Artículo 240°:** “Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitadamente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquél estará obligado a indemnizarlos.

La acción debe interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa.

Dentro del mismo plazo, cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho en favor del otro por razón del matrimonio proyectado. Cuando sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635”.

- **Artículo 283°:** “Son aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso del divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios”.
- **Artículo 324°:** “En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación”.
- **Artículo 343°:** “El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden”.
- **Artículo 345°-A:** “Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

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.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículo 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes”.

- **Artículo 351°:** “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.
- **Artículo 352°:** “El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro”.

Como se puede apreciar de la lectura y análisis de los artículos antes reseñados, todos ellos se refieren a la responsabilidad civil por los daños ocasionados entre varón y mujer; es decir, en la relación de pareja. Limitándose solo a ello cuando, como hemos mencionado, la realidad social y procesal nos demuestra que la mayor carga procesal y, por ende, el mayor perjuicio (daño) causado está dentro de las relaciones paterno-filiales.

3.1.3. Daños en el derecho de familia

Los daños intrafamiliares o los daños en el derecho de familia, como hechos con relevancia jurídica, han sido recientemente aceptados; pues, fue largo el tiempo donde el concepto de generación de daños dentro del núcleo familiar era rechazado. La doctrina y la jurisprudencia mantuvo una posición cerrada respecto a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de las relaciones familiares. Es a partir de 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 interés por el perjuicio causado al cónyuge por la disolución matrimonial⁹⁹; y, esto también se ha visto reflejado en el Perú, por ejemplo, en el artículo 345°-A del Código Civil¹⁰⁰, el cual obliga al juez a velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, debiendo fijar una indemnización por los daños sufridos.

Es conveniente precisar que, en la legislación nacional como a nivel doctrinario, el tema referido a los daños en las relaciones familiares tiene un tratamiento insuficiente. Pese a que, en algunos artículos del Libro de Derecho de Familia de nuestro Código Civil, se hace alusión a los daños dentro de estas y, además, a las consecuencias jurídicas de los mismos; debemos precisar que, esta regulación, se limita a las relaciones entre las parejas; es decir, entre varón y

⁹⁹ Cfr. DUTTO, Ricardo J. *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2006, p. 37.

¹⁰⁰ Artículo 345°-A del Código Civil: “(...) El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá fijar una indemnización por daños, incluyen el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder (...)”.

mujer, dejando totalmente de lado los daños que podrían suscitarse en las relaciones paternofiliales.

Lo anterior, no se condice con la doctrina y legislación comparada mayoritaria de estos tiempos; pues, si tenemos en cuenta que, “(...) 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”¹⁰¹, deberíamos tener una regulación más detallada y específica respecto a los daños ocasionados dentro del núcleo familiar, más aún si es la misma Constitución¹⁰² que reconoce en el Estado la obligación de proteger a la familia y a sus miembros.

Sin embargo, “el hecho de 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”¹⁰³. En ese sentido, corresponde apelar al principio y prohibición genérica, reconocido en nuestra legislación nacional, de que nadie debe causar daño a los demás¹⁰⁴.

Evidencia de lo anterior es la cantidad considerable de pretensiones relativas a la responsabilidad civil en temas familiares que son pedidas en los juzgados de todo el país. Sin embargo, los escenarios más frecuentes de daños y perjuicios solicitados son aquellos derivados del divorcio¹⁰⁵. Esto, muchas veces, como consecuencia de la falta de conocimientos de los litigantes y abogados sobre la posibilidad de solicitar, principal o accesoriamente, una indemnización ante determinadas circunstancias; pero, también podría ser consecuencia de la falta de regulación expresa en nuestra legislación.

En referencia a la falta de regulación expresa, esto queda evidenciado en lo concerniente a la filiación matrimonial y extramatrimonial. Es decir, la regulación de los daños en el derecho de familia en relación con la filiación matrimonial y extramatrimonial es inexistente; pues, la

¹⁰¹ MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. 2da edición, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 21.

¹⁰² Artículo 4° de la Constitución: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio (...)”.

¹⁰³ GONZÁLES SEPE, Óscar. *Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial*, Tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho, San José, Universidad de Costa Rica, 2013, p. 84, [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Responsabilidad-y-da%C3%B1os-por-falta-de-reconocimiento-de-hijo-extramrimonial.pdf>

¹⁰⁴ Esta prohibición está reconocida en el artículo 1969° del Código Civil, el cual establece que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...)”.

¹⁰⁵ Cfr. ARCE ESPINOZA, Carla, *Ob. Cit.*, pp. 109 - 110.

regulación de daños, mínima e insuficiente, se circunscribe solo al ámbito de pareja o relación entre varón y mujer, dejando de lado los indudables daños que se ocasionan en las relaciones paterno-filiales; que, para fines de la presente investigación, se abarcarán solo los daños ocasionados en la filiación extramatrimonial.

En este escenario y en la realidad actual, “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”¹⁰⁶; por lo que, los abogados no se atreven a pedir las, dejando con ello sin la posibilidad de hacer un reclamo válido, legal y justo a sus clientes. Por lo tanto, es consecuente concluir que, existe una falencia práctico-procesal por parte de los abogados litigantes.

3.2. Responsabilidad en el establecimiento de las relaciones paterno-filiales

Como se ha visto en los acápite precedentes, la institución jurídica de la responsabilidad civil es una cuyos principios generales pueden ser aplicados a las demás ramas del derecho, entre ellas, al derecho de familia. Por lo que, para fines de la presente investigación, importa hacer un análisis de la responsabilidad civil que podría surgir en el establecimiento de las relaciones paterno-filiales; específicamente, en la filiación extramatrimonial. Esto debido a que, en el ámbito de la filiación, cobra principal relevancia y protagonismo el derecho a la identidad del menor.

En ese contexto, desde la perspectiva del menor, es posible hablar de la responsabilidad civil de los progenitores ante la falta del reconocimiento de aquel. Cuestión que incluye tanto los supuestos en los que el padre omite voluntariamente reconocer a su descendencia, como también, los supuestos en los que la madre, a través de una conducta que le es imputable, obstaculiza el reconocimiento o identificación del padre o, simplemente, no ejerce la acción de filiación en representación de su menor hijo¹⁰⁷.

Como se mencionó en el primer párrafo de este acápite, el tema merece principal atención porque está íntimamente relacionado con el derecho a la identidad. El cual, en efecto, ante la conducta omisiva del padre o pasiva de la madre, queda violentado, ocasionando con ello un

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 110.

¹⁰⁷ Cfr. TUESTA VÁSQUEZ, Fátima Suley. *Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial*, Tesis para optar el título de Abogado, Lima, Universidad Autónoma del Perú, 2015, p. 46 [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en <http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/161/1/TUESTA%20VASQUEZ.pdf>

daño en el menor. Además, debemos tener presente que, tal derecho, aparece consagrado no solo en nuestra Constitución, específicamente en el artículo 2° inciso 1¹⁰⁸, sino también, en los artículos 7°¹⁰⁹ y 8°¹¹⁰ de la Convención Sobre los Derechos del Niño, los que confieren a los menores el derecho a conocer a sus progenitores y a tener su identidad.

En consecuencia, al tratarse de un ser en permanente formación y perfeccionamiento, el niño busca su propia determinación (autodeterminación) e identidad, y toda frustración o entorpecimiento en esta búsqueda repercute negativamente en su persona, en tanto la identidad es el presupuesto que se refiere a sus orígenes como persona y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura y demás componentes de su propio “ser”¹¹¹.

3.2.1. Fundamento de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial: Derecho a la identidad y el interés superior del niño

Antes de ingresar en el fundamento de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial se debe tener en cuenta que, doctrinariamente, existen dos tesis respecto a la inclusión o reconocimiento de la responsabilidad civil en el derecho de familia; estas son, la tesis positiva y la tesis negativa. Por lo que, conviene repasar, brevemente, lo que aporta la tesis negativa, pues, por obvias razones, en la presente investigación se defiende la tesis positiva respecto a la inclusión o reconocimiento de la responsabilidad civil en el derecho de familia.

➤ Tesis negativa

Aunque sobra decir que, para los partidarios de esta tesis, no es posible aplicar los principios de la responsabilidad civil en el derecho de familia; sí es necesario puntualizar que esta corriente o tesis es minoritaria. Según la cual, no cabe la aplicación de los

¹⁰⁸ Artículo 2° inciso 1 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

¹⁰⁹ Artículo 7° de la Convención Sobre los Derechos del Niño: “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.

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinente en esta esfera, sobre todo cuando el niño resulta de otro modo apátrida”.

¹¹⁰ Artículo 8° de la Convención Sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

¹¹¹ Cfr. TUESTA VÁSQUEZ, Fátima Suley, *Ob. Cit.*, pp. 46 – 47.

principios de una institución jurídica en la otra, porque el hijo no reconocido puede perfectamente iniciar las acciones de filiación una vez alcanzada la mayoría edad y que, además, con el reconocimiento de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial se estaría obstaculizando el surgimiento de lazos de amor entre padre e hijo, como consecuencia del conflicto judicial. Para sustentar, finalmente, que es inmoral que se lucre a costa de un reclamo indemnizatorio a otro miembro de la familia¹¹².

Siento esto así, corresponde hacer un comentario refutando los argumentos de esta tesis que, en efecto, no compartimos. Por un lado, porque el sustento de que una indemnización deba negarse solo por considerar inmoral demandar a un miembro de la propia familia no tiene asidero legal; y, por otro lado, porque consideramos que tanto el padre como la madre tienen la misma responsabilidad y obligación en cuanto a la determinación de la relación paterno-filial del menor. Que, aunque no existe una norma legal taxativa que obligue a los padres a determinar la relación filiatoria, sí debe tenerse en consideración que, producto del desinterés o irresponsabilidad de los padres se pueda causar graves daños en los hijos.

Una vez agregado este antecedente, se puede continuar con el análisis del fundamento de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial; o, dicho de otro modo, el fundamento de la inclusión y reconocimiento de la responsabilidad civil en el establecimiento de las relaciones paterno-filiales, incluyendo tanto las acciones y actitud del padre, como de la madre.

En ese sentido, doctrinariamente se reconoce que el fundamento de la aplicación de los principios de una institución jurídica en la otra, lo encontramos en el principio constitucional *alterum non laedere*¹¹³; la cual, además, se complementa, en el supuesto sujeto a análisis, con la vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño, cuyo principio rector es el interés superior del niño¹¹⁴. Entonces, para una parte de la doctrina, el fundamento se encuentra en el principio y deber genérico de “no dañar a otro”.

¹¹² Cfr. GONZÁLES SEPE, Óscar. *Ob. Cit.*, pp. 94 – 95.

¹¹³ Principio de “no dañar a otro”, que también es reconocido como un deber

¹¹⁴ Cfr. OLORTEGUI DELGADO, Rosa Isabel. *Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 2010, p. 140, [Ubicado el 20.VI.2016]. Obtenido en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/193/Olortegui_dr.pdf?sequence=1

Sin embargo, sin perjuicio de lo reseñado precedentemente, el sustento de la responsabilidad civil en este supuesto no solo se agota en este principio-deber; puesto que, el principal fundamento de la inclusión o reconocimiento de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial se encuentra en el derecho a la identidad del menor y el interés superior del niño, los cuales se ven vulnerados y violentados con las acciones omisivas o pasivas de los padres al momento de determinar las relaciones paterno-filiales. Quienes, a su vez, tienen no solo derechos, sino también deberes frente a sus hijos, sobre todo, el deber de reconocerlos, tal como se puede inferir de cuerpos normativos vinculantes e internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de la ONU, el Pacto de San José, la Convención Sobre los Derechos del Niño, entre otros¹¹⁵.

En efecto, el fundamento de la responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la filiación extramatrimonial es la protección del derecho fundamental y constitucional del menor a su identidad; pues, “(...) desde el momento de su primer grito, él ya posee antecedentes, pasado, historia; una herencia original, familiar, social y cultural que lo distingue de los otros. El acceso a la vida jurídica debe traducir esa identificación”¹¹⁶. Por lo que, la responsabilidad civil de los padres se sustenta en la vulneración y violación directa al derecho a la identidad del menor.

Este argumento toma preponderancia pues, al tratarse de un ser en permanente formación, el menor busca su propia identidad y toda frustración en esta búsqueda repercute negativamente en su persona, en tanto la identidad es el presupuesto que se refiere a sus orígenes como persona. Lo cual, además, está íntimamente relacionado con la libertad individual del menor, toda vez que, para poder ser ejercida, presupone siempre la posesión de la propia identidad. Por lo tanto, tal afirmación evidencia la magnitud que reviste aquel derecho fundamental (derecho a la identidad)¹¹⁷.

Asimismo, para sustentar que el fundamento de la responsabilidad civil de los padres es el derecho a la identidad del menor y con la intención de refutar la tesis negativa, debemos traer a colación el principio de Interés Superior del Niño, en virtud del cual “(...) el niño gozará de

¹¹⁵ Cfr. MARÍA CORBO, Carlos. *Responsabilidad civil por falta de reconocimiento espontáneo de hijo extramatrimonial*, s.f., pp. 4 – 5, [Ubicado el 25.X.2017]. Obtenido en http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/artresponsabilidadcivilporfaltadereconocimientodehi/at_download/file

¹¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Los dilemas de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, Número 4, 2001, 671 – 679, p. 674, [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650297.pdf>

¹¹⁷ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros. *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 224.

una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”¹¹⁸. Por lo tanto, cualquier interpretación o aplicación del sistema jurídico debe realizarse con la finalidad de conseguir la protección del menor.

3.2.2. Procedencia de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial

La solicitud de una indemnización por los daños ocasionados como consecuencia de la acción omisiva o pasiva de los padres para establecer la relación paterno-filial; o, que es lo mismo, la demanda de responsabilidad civil de los padres en el establecimiento de la relación filiatoria, tiene una condición *sine qua non*; esto es, la declaración, a través de un proceso (mediante el proceso de paternidad extramatrimonial) de filiación. Es decir, para que proceda la petición de una indemnización por los daños ocasionados en el menor, debe primero acreditarse la relación filiatoria a través del denominado proceso de “declaración judicial de paternidad extramatrimonial”; en donde, a través de una prueba de ADN o por renuencia del padre a practicarse esta prueba, se declara la filiación entre el padre y el menor.

En ese sentido, lo más conveniente sería optar por la acumulación de procesos. Es decir, en el mismo proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, se puede acumular, accesoriamente, la pretensión de indemnización por los daños ocasionado como consecuencia de la acción omisiva o pasiva de los padres para establecer los vínculos filiatorios.

3.2.3. Responsabilidad civil por la conducta omisiva del padre y la conducta pasiva de la madre en el establecimiento de la relación paterno-filial del menor

El supuesto hecho que sirve de sustento para la presente investigación es el siguiente: “un padre “X”, en su oportunidad, no quiso reconocer a su hijo “Y”, pese a tener conocimiento y tener la certeza, a través de su pareja (la madre) “Z”, que el niño era suyo. Debido a ello, la madre “Z” decide inscribir a su hijo “Y” con los apellidos de ella misma; y, esta situación, se prolonga hasta que “Y” alcanza la mayoría de edad”.

En este contexto, son dos las conductas relevantes que deben ser analizadas, incluso, por separado. Por un lado, la conducta omisiva del padre que, pese a tener la certeza de que el menor es su hijo, no realiza el reconocimiento voluntario de este último. Por otro lado, la conducta

¹¹⁸ LANDA ARROYO, César citado por PINELLA VEGA, Vanessa. *Ob. Cit.*, p. 39.

pasiva de la madre que, pese a tener conocimiento y posibilidad física y jurídica, no inicia las acciones legales para establecer la relación paterno-filial entre el padre y su hijo.

Sin embargo, aunque ambas conductas están circunscritas a la filiación extramatrimonial, cada una de ellas tiene sus particularidades. Las cuales merecen ser revisadas individualmente.

➤ **Responsabilidad civil por la conducta omisiva del padre**

Como se ha venido estudiando y analizando, la conducta omisiva del padre en la filiación extramatrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor (su hijo), lo que trae como consecuencia la generación de un daño moral en este último, toda vez que, la identidad de una persona es el presupuesto para el autoconocimiento y la diferenciación respecto de las demás personas. Por lo tanto, ante este supuesto, corresponde atribuir responsabilidad civil al padre que no realiza el reconocimiento voluntario de su hijo, pese a tener conocimiento y certeza respecto a su relación filiatoria con el menor.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta las causas eximentes o atenuantes de responsabilidad del padre; pues, en el ámbito de la responsabilidad civil, también se reconocen causales que pueden reducir o librar de responsabilidad al padre, aun cuando no haya realizado el reconocimiento voluntario del menor.

Dentro de las causas eximentes que comúnmente se mencionan en la doctrina, destaca el supuesto en el que el padre tiene fundadas dudas sobre su paternidad “(...) por el hecho de haber la madre vivido o tenido relaciones sexuales con terceros en la época de la concepción (...)”¹¹⁹. Lo cual debe ser sustentado con medios probatorios idóneos y, además, debe valorarse la conducta del padre en el proceso de filiación en el que se le emplace (conducta procesal); es decir, se deberá evaluar también, por ejemplo, la predisposición del padre para realizarse la prueba de ADN que se realiza dentro de este tipo de procesos.

Otro de los supuestos de hecho reconocido como causal eximente de responsabilidad del padre lo desarrolla Medina Graciela, quien expone los “supuestos de imposibilidad en el reconocimiento de la paternidad”, “lo que ocurre cuando el hijo no puede ser reconocido por el verdadero padre por estar la madre casada con otro hombre”¹²⁰.

¹¹⁹ SAMBRIZZI, Eduardo A. *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires, Editorial La Ley S.A., 2001, p. 190.

¹²⁰ MEDICA, Graciela citada por SAMBRIZZI, Eduardo A., *Ob. Cit.*, p. 190.

Supuesto en el que operaría la presunción de hijo matrimonial, tal como lo dispone el artículo 361° de nuestro Código Civil¹²¹.

Finalmente, debemos concluir que, “no constituye un eximente de responsabilidad el haber brindado afecto y atención material al hijo, cuando se le niega el emplazamiento familiar, porque este constituye un derecho constitucional más amplio que el apoyo asistencial y sentimental por parte del progenitor, constituido entre otro por el derecho al nombre y reconocimiento público del vínculo filiatorio”¹²². Por lo tanto, lo indispensable en las relaciones entre padre e hijo, es el establecimiento de la relación paterno-filial.

➤ **Responsabilidad civil por la conducta pasiva de la madre**

Respecto a la atribución de responsabilidad civil por la conducta pasiva de la madre en el establecimiento de la relación filiatoria de su hijo, existe una posición doctrinaria que niega la responsabilidad de la madre en la filiación extramatrimonial. El fundamento de esta oposición se centra en que se atribuye el factor de atribución en la culpa del padre y no en la demora de la madre, por lo que el daño se considera causado por la falta de reconocimiento, mas no por la falta de accionar judicial de la madre; pues, el resguardo del derecho a la identidad del niño se cumple con no ocultar a su hijo su realidad biológica¹²³.

No obstante, existe una mayoría doctrinaria que sustenta que sí existe responsabilidad civil de la madre en la filiación extramatrimonial, como consecuencia de no iniciar las acciones legales que el ordenamiento jurídico ofrece ante los supuestos de falta de reconocimiento por parte del padre. Esto debido a que, la madre, con su conducta pasiva, está contribuyendo a generar un daño mayor a su hijo, producto de la falta de reconocimiento paterno¹²⁴.

Esta afirmación cobra sentido cuando se hace un análisis de la situación desde la perspectiva del interés superior del niño; pues, los derechos del menor, desde cualquier perspectiva o en cualquier situación, tienen preferencia frente a las de otra persona

¹²¹ Artículo 361° del Código Civil: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”.

¹²² MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.*, p. 156.

¹²³ Cfr. MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.*, p. 157.

¹²⁴ Cfr. GONZÁLEZ SEPE, Óscar. *Ob. Cit.*, p. 111.

adulto; y, dado que en el presente caso se habla, nada más y nada menos, del derecho a la identidad de un niño, no es factible hablar o discutir respecto de si el inicio de las acciones filiatorias son facultativas u obligatorias. Simplemente debe evaluarse qué es lo mejor para el menor. Obviamente, conocer su identidad respecto a su pasado biológico; por lo tanto, el inicio de las acciones legales que procuren la filiación del menor con su padre, es una obligación también de la madre.

Sin embargo, es necesario mencionar, al igual que en el punto anterior, que en este supuesto también deben ser consideradas causales de eximente y atenuación de la responsabilidad civil. Una de estas causales se evidencia ante el supuesto de que la madre haya sufrido una violación sexual y, dadas las circunstancias, desconozca quién es el padre de su hijo.

Finalmente, conviene citar textualmente lo reseñado por Medica Graciela:

“Así como el reconocimiento del hijo es un deber paterno, también es un deber de la madre la oportuna promoción de la acción de reclamación del derecho a la identidad del hijo, conforme a lo dispuesto por la Convención Sobre los Derechos del Niño”¹²⁵.

3.2.4. Presupuestos de la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial

Del mismo modo que fueron desarrollados los presupuestos de la responsabilidad civil en general, corresponde desarrollar, analizar y aplicar estos presupuestos en el caso en concreto; es decir, los presupuestos de la responsabilidad civil de los padres por la vulneración del derecho a la identidad de sus hijos en la filiación extramatrimonial.

➤ Antijuridicidad

En doctrina, es ampliamente aceptado que el reconocimiento de un hijo (extramatrimonial) es voluntario; sin embargo, “ello no implica que pueda ser considerado un discrecional o que el padre pueda realizarlo a su libre arbitrio”¹²⁶; o, que la madre pueda retrasar o entorpecer el establecimiento de la filiación de su hijo. Esto, debido a que el niño tiene un derecho constitucional, fundamental y supranacional a

¹²⁵ MEDINA, Graciela. *Ob. Cit.*, p. 159.

¹²⁶ GUERRA ZERPA, Raquel Corina. *La responsabilidad civil como consecuencia del no reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial en Huancavelina*, Tesis para optar el título profesional de Abogado, Huancavelina, Universidad Nacional de Huancavelica, 2015, p. 47. [Ubicado el 20.X.2017]. Obtenido en <http://repositorio.unh.edu.pe/bitstream/handle/UNH/646/TP%20-%20UNH%20DERECHO%200044.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

conocer su realidad biológica, a tener una filiación; y, en resumidas cuentas, tiene el derecho a la identidad. Siendo este derecho, el fundamento que sustenta la responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial.

Entonces, se puede concluir que la conducta omisiva o pasiva de los padres transgrede el deber de paternidad responsable, reconocido en el artículo 6° de la Constitución, el cual establece que, “(...) es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (...)”. Entendido este último, apelando al principio de interés superior del niño, como un deber que incluye la “seguridad jurídica” de los hijos; por lo que, constituye un deber jurídico, emplazar a los hijos en el estado de tal.

➤ **Daño**

Tanto la conducta omisiva del padre, como la conducta pasiva de la madre en la filiación extramatrimonial, se traduce en un menoscabo “que se confunde con la existencia misma de la persona, con claras e indiscutibles repercusiones: el hijo se ha visto impedido de ejercer los derechos que son inherentes al estado de familia (no contar con la asistencia del progenitor, no haber sido considerado su hijo en el ámbito de las relaciones jurídicas, etc.)”¹²⁷. Por lo tanto, las conductas de los padres, ocasionan un daño moral en el menor, toda vez que la vulneración a su derecho a la identidad, produce una afectación en su estado anímico y en su tranquilidad psicológica.

En este mismo sentido, Eduardo Sambrizzi sentencia que, como consecuencia de la lesión a un bien jurídico extrapatrimonial (derecho a la identidad) y basado en el principio de la reparación integral de los daños causados, la doctrina mayoritaria ha admitido la indemnización por daños, incluyendo el daño material, así como el daño moral sufrido por el hijo con motivo de la conducta, omisiva o pasiva, de los padres¹²⁸ al momento de establecer las relaciones paterno-filiales.

Sin embargo, debe anotarse también que, corresponde a quien alega los daños, evaluar cada caso concreto con la finalidad de sustentar el daño emergente y lucro cesante; pues, “esta lesión o menoscabo a un bien jurídico fundamental, como es el derecho a la identidad, o daño a la vida de relación, pueden desencadenar jurídicamente

¹²⁷ GUERRA ZERPA, Raquel Corina. *Ob. Cit.*, p. 50.

¹²⁸ SAMBRIZZI, Eduardo A. *Ob. Cit.*, p. 192.

no solo daños e intereses extrapatrimoniales, sino también a intereses patrimoniales”¹²⁹; y, como se dijo en un principio, estos deberán ser evaluados y sustentados caso por caso.

➤ **Nexo de causalidad**

Dado que estamos ante un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, corresponde analizar el nexo causal o relación de causalidad “adecuada”, tal como lo dispone el artículo 1985° de nuestro Código Civil¹³⁰. Esto significa, que debe haber una relación de causalidad entre la conducta pasiva u omisiva de los padres y el daño reclamado por el hijo; es decir, el daño moral como consecuencia a la vulneración de su derecho a la identidad.

En consecuencia, corresponde hacer un análisis *contrario sensu*. Si los padres realizan las acciones pertinentes para establecer el vínculo filiatorio con sus hijos; entonces, este último gozará plenamente de su derecho a la identidad; pues, conocerá su realidad biológica y será reconocido con su correspondiente estado de familia en la sociedad. Por lo tanto, queda evidenciado el nexo de causalidad existente entre la conducta pasiva u omisiva de los padres (acción dañosa) y el daño moral en el menor como consecuencia de la vulneración a su derecho a la identidad (daños ocasionado).

➤ **Factor de atribución**

La conducta omisiva y pasiva de los padres importa un factor de atribución subjetivo; y, dentro de este, la posibilidad tanto de culpa como de dolo. “Habrá un comportamiento doloso si conforme a 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. 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 del otro”¹³¹.

¹²⁹ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 397.

¹³⁰ Artículo 1985° del Código Civil: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)”.

¹³¹ OLORTEGUI DELGADO, Rosa Isabel. *Ob. Cit.*, p. 116.

En consecuencia, corresponde a la persona que solicita la indemnización, demostrar el actuar doloso o culposo de los padres, con la finalidad de establecer y determinar el factor de atribución.

En definitiva, se puede concluir que, luego del análisis precedente, quedan satisfechos todos los presupuestos de la responsabilidad civil, por lo que, corresponde atribuir responsabilidad civil a los padres por sus conductas omisivas o pasivas en el establecimiento de las relaciones paterno-filiales; y, consecuentemente, es factible solicitar una indemnización por el daño moral ocasionado por la vulneración del derecho a la identidad del menor.

Tal es así que, podría incluso modificarse e incorporarse un párrafo en el artículo 1° de la Ley N° 28457, modificada por la Ley N° 30628, que procure e incentive la pretensión de indemnización por la responsabilidad civil en los procesos de filiación extramatrimonial, con la finalidad de que los profesionales del derecho tengan conocimiento de la posibilidad de plantear esta indemnización como pretensión accesorio.

El actual artículo 1° de la Ley N° 28457, modificada por la Ley N° 30628, tiene la siguiente redacción:

“Artículo 1°.- Demanda, acumulación de pretensiones y juez competente

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesorio, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil. En este caso, el juzgado correrá traslado al emplazado de la pretensión de declaración de paternidad extramatrimonial y de la pretensión de alimentos.

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

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el juzgado declara la paternidad extramatrimonial y dictará sentencia pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos”.

Con la mencionada modificación e incorporación de un párrafo referente a la indemnización, el artículo 1° de la Ley N° 28457, modificada por la Ley N° 30628, quedaría redactado de la siguiente manera:

“Artículo 1°.- Demanda, acumulación de pretensiones y juez competente

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesoria, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil. En este caso, el juzgado correrá traslado al emplazado de la pretensión de declaración de paternidad extramatrimonial y de la pretensión de alimentos.

Asimismo, podrá acumularse como pretensión accesoria, la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en el menor como consecuencia de falta de reconocimiento de paternidad o como consecuencia del retardo en el establecimiento de la relación filiatoria, siempre y cuando el monto indemnizatorio no supere las 100 unidades de referencia procesal, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 85 del Código Procesal Civil.

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

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el juzgado declara la paternidad extramatrimonial y dictará sentencia pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos **y la pretensión indemnizatoria**”.

CONCLUSIONES

1. Dentro del derecho a la identidad, la verdad biológica resulta ser el pilar de la identidad personal; pues, es el punto de partida del autoconocimiento y es la base sobre la cual el menor construirá su plano psicológico, emocional y social. Esto a través de la investigación de la paternidad, con la que logrará conocer la verdad sobre la relación filial que lo une a una familia, y mediante esta, su reconocimiento dentro de la sociedad.
2. En virtud del principio de Interés Superior del Niño, toda interpretación o aplicación de los dispositivos legales, que involucren un cambio en la realidad del niño, debe hacerse sobre la base de una nula o mínima afectación de sus derechos e intereses, desde una perspectiva negativa; y, sobre la base de un máximo favorecimiento a sus derechos, desde una perspectiva positiva.
3. Nuestro ordenamiento jurídico aborda, taxativamente, la institución jurídica de la filiación extramatrimonial. Dentro de esta, regula dos acciones o mecanismos legales para establecer la relación paterno-filial entre los padres y los hijos. Por un lado, se tiene la acción de “reconocimiento de paternidad”; y por otro, la acción de “declaración judicial de paternidad extramatrimonial”. Por tanto, el padre y la madre las acciones o mecanismos necesarios que les permitirá establecer las relaciones jurídicas entre estos y sus hijos.
4. Definitivamente existe la obligación de los padres de establecer la relación paterno-filial con sus hijos. Esto, porque la filiación está íntimamente relacionada con el derecho a la identidad biológica del menor, la cual versa sobre la personalidad del ser humano y su autodeterminación como tal. Además, en este contexto se está haciendo referencia y trastocando un derecho fundamental del menor, por lo que, todo análisis, interpretación y aplicación del derecho debe realizarse bajo el principio de “interés superior del niño”, el cual propugna una nula o mínima afectación de los derechos e intereses de este.

5. La conducta omisiva del padre en la filiación extramatrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor (su hijo), lo que trae como consecuencia la generación de un daño moral en este último, toda vez que, la identidad de una persona es el presupuesto para el autoconocimiento y la diferenciación respecto de las demás personas. Por lo tanto, ante este hecho, corresponde atribuir responsabilidad civil al padre que no realiza el reconocimiento voluntario de su hijo, pese a tener conocimiento y certeza respecto a su relación filiatoria con el menor.
6. La madre tiene responsabilidad civil en la filiación extramatrimonial; esto como consecuencia de no iniciar las acciones legales que el ordenamiento jurídico ofrece ante los supuestos de falta de reconocimiento por parte del padre. Debido a que, la madre, con su conducta pasiva, está contribuyendo a generar un daño mayor a su hijo, producto de la falta de reconocimiento paterno.
7. El fundamento de la responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la filiación extramatrimonial es la protección del derecho fundamental y constitucional del menor a su identidad; pues, desde el primer momento, desde su concepción, el menor tiene un pasado biológico, antecedentes y su identificación con una familia. El acceso a la vida jurídica debe traducir esa identificación. Por lo que, la responsabilidad civil de los padres se sustenta en la vulneración y violación directa al derecho a la identidad del menor.

RECOMENDACIONES

El desarrollo de la presente investigación y, sobre la base, principalmente, de las conclusiones arribadas, posibilita formular como premisa central la plena procedencia de la responsabilidad civil y, por ende, la obligación de resarcimiento, ante la negativa o conducta omisiva de un padre a reconocer de manera voluntaria y oportuna a un hijo, pese a tener pleno conocimiento del entroncamiento o relación paterno filial existente con este. Del mismo modo, es procedente la responsabilidad civil y la obligación de resarcimiento, ante la conducta pasiva de la madre al no iniciar los mecanismos legales que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para establecer la filiación de su hijo.

En consecuencia, se propone la siguiente recomendación:

- En los procesos de “declaración judicial de paternidad extramatrimonial”, además de la pretensión accesoria de alimentos en favor del menor, puede incluirse como “pretensión acumulativa objetiva originaria accesoria” la **INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL OCASIONADO COMO CONSECUENCIA DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR**; esto, siempre que el monto indemnizatorio solicitado no sobrepase las 100 unidades de referencia procesal.

Precisándose además que, pese al posible cuestionamiento respecto a la competencia del juez por razón de la materia, teniendo en cuenta que la pretensión de declaración judicial de paternidad extramatrimonial se tramita ante el Juez de Paz Letrado de Familia y, ordinariamente, la pretensión indemnizatoria por responsabilidad civil en general se tramita ante los Jueces Civiles (sea de Paz Letrado o Especializado según la cuantía), es posible la recomendada acumulación toda vez que la pretensión indemnizatoria gira en torno al análisis de las relaciones familiares, específicamente, el análisis de la vulneración del

derecho a la identidad del menor en la filiación extramatrimonial. Siendo esta última, una institución jurídica comprendida en el Derecho de Familia.

La precisión y límite establecido en la solicitud del monto indemnizatorio son realizadas al amparo del inciso 7 del artículo 546° y del tercer párrafo del artículo 547°, ambos del Código Procesal Civil, los cuales están comprendidos dentro del proceso sumarísimo; ya que, el Juez de Paz Letrado es competente para conocer de las pretensiones cuya cuantía sean hasta 100 unidades de referencia procesal.

- Si el monto solicitado como indemnización supera las 100 unidades de referencia procesal, no podría acumularse la pretensión indemnizatoria a la pretensión de declaración judicial de paternidad extramatrimonial; esto responde a un razonamiento básico, debido a la cuantía de la pretensión indemnizatoria, esta deberá ser tramitada en la vía del proceso abreviado (sino supera las 1000 URP) o de conocimiento (si supera las 1000 URP), porque su tramitación requiere de un proceso más lato donde, además, se respeten las garantías del debido proceso y se logre un análisis concienzudo de los medios probatorios aportados.

Por lo tanto, si el monto indemnizatorio de la pretensión de responsabilidad civil supera las 100 unidades de referencia procesal, esta pretensión deberá tramitarse en un proceso independiente, claro está, luego de ser declarada la paternidad en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial. Este proceso deberá ser tramitado ante el Juez de Paz Letrado, si la cuantía no supera las 500 unidades de referencia procesal, o ante el Juez Especializado, si la cuantía supera las 500 unidades de referencia procesal; esto al amparo del inciso 7 del artículo 486°, de artículo 488° y del inciso 2 del artículo 475°, todos del Código Procesal Civil.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el código civil peruano*, 2ª reimpresión, Lima, Ediciones Legales, 2010.
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981.
3. ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, traducido por Leysser L. León, Lima, Jurista Editores, 2006.
4. BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2006.
5. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993: Análisis comparado*, 5ª ed., Lima, Editora RAO, 1999.
6. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*, Tomo I, 4ª ed., Vol. IV, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
7. DUTTO, Ricardo J. *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2006.
8. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima, Pacífico Editores, 2016.
9. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Artículo 2 inciso 1” en *La constitución comentada*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
10. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Artículo 1984°. Daño moral” en *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Comentario a las normas del código civil*, Vol. I Responsabilidad contractual, Breña, Pacífico Editores, 2015, 245 – 294.
11. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, 2ª ed., Breña, Pacífico Editores, 2015.

12. GARCÍA LÓPEZ, Jesús. *Doctrina de Santo Tomás sobre la verdad: Comentarios a la cuestión "I de Veritate"*, Pamplona, RIALP, 1967.
13. HAWIE LORA, Illian Milagros. *Manual de jurisprudencia de derecho de familia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015.
14. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos judiciales derivados del derecho de familia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
15. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros. *Elementos del derecho civil, IV: Derecho de familia*, 4ª ed., Barcelona, María Bosch Editor, 1997.
16. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros. *Elementos del derecho civil, IV: Familia*, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2010.
17. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª ed., Bogotá, Editorial Temis S.A., 2003.
18. MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
19. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad civil en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.
20. MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros. *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
21. OLGUÍN BRITTO, Ana María. "Los derechos de filiación en las técnicas de fecundación artificial" en *Jornadas internacionales de derecho de familia. La familia: Naturaleza y régimen jurídico en el siglo XXI*. Chiclayo, USAT, 26 – 27 de octubre 2007.
22. OSTERLING PARODI, Felipe. "Estudio preliminar de la responsabilidad civil contractual" en *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Comentario a las normas del código civil*, Vol. I Responsabilidad contractual, Breña, Pacífico Editores, 2015, 51 – 72.
23. PLACIDO V., Alex E. *Filiación y patria potestad*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
24. REGLERO CAMPOS, L. Fernando y otros. *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002.
25. SAMBRIZZI, Eduardo A. *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires, Editorial La Ley S.A., 2001.
26. SOTO COAGUILA, Carlos. "La responsabilidad civil en el código civil peruano de 1984" en *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Comentario a las*

normas del código civil, Vol. I Responsabilidad contractual, Breña, Pacífico Editores, 2015, 29 - 40.

27. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*, 2ª ed., Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2003.
28. TORRES FLOR, Analucía. *Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo 2014.
29. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Artículo 386. Hijos extramatrimoniales” en *Código civil comentado*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, 521 – 526.
30. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Artículo 377. Definición de adopción” en *Código civil comentado*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, 499 – 502.
31. VICENTE DOMINGO, Elena y otros. *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002.
32. ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.

TESIS

33. ARCE ESPINOZA, Carla. *La filiación extramatrimonial y la responsabilidad civil*, Tesis para optar el título profesional de Abogado, Ayacucho, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, 2015, [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/803/Tesis%20D53_Arc.pdf?sequence=1&isAllowed=y
34. BOSSIO DÁVILA, Fiorella Susana. *El moderno tratamiento legal al derecho de impugnación de paternidad y maternidad*, Tesis para optar el grado de Abogado, Chiclayo, USAT, 2014.
35. CÁRDENAS KRENZ, Arturo Ronald. *El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica*, Tesis para optar el grado de Magíster, Chiclayo, USAT, 2014.
36. GASTULO MURO, Cinthyacrisa Dunyoli y TAYPE VÁSQUEZ, Sandra Marisol. *El derecho a la identidad y verdad biológica de hijo de mujer casada frente a la presunción de paternidad en el código civil peruano*, Tesis para optar el grado de Abogado, Chiclayo, USAT, 2012.
37. GONZÁLES SEPE, Óscar. *Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial*, Tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho, San José, Universidad de Costa Rica, 2013, [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Responsabilidad-y-da%C3%B1os-por-falta-de-reconocimiento-de-hijo-extramatrimonial.pdf>
38. GUERRA ZERPA, Raquel Corina. *La responsabilidad civil como consecuencia del no reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial en Huancavelina*, Tesis para

optar el título profesional de Abogado, Huancavelina, Universidad Nacional de Huancavelica, 2015, [Ubicado el 20.X.2017]. Obtenido en <http://repositorio.unh.edu.pe/bitstream/handle/UNH/646/TP%20-%20UNH%20DERECHO%200044.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

39. HUAMÁN ENRIQUEZ, Georgina Angélica. *Análisis a la luz del derecho comparado de la excepción de cosa juzgada en procesos de filiación*, Tesis para optar el grado de Abogado, Chiclayo, USAT, 2015.
40. OLORTEGUI DELGADO, Rosa Isabel. *Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 2010, [Ubicado el 20.VI.2016]. Obtenido en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/193/Olortegui_dr.pdf?sequence=1
41. PINELLA VEGA, Vanessa. *El interés superior del niño/niña vs Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*, Tesis para optar el gado de Abogado, Chiclayo, USAT, 2014.
42. TUESTA VÁSQUEZ, Fátima Suley. *Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial*, Tesis para optar el título de Abogado, Lima, Universidad Autónoma del Perú, 2015, [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en <http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/161/1/TUESTA%20VASQUEZ.pdf>

ARTÍCULOS DE REVISTA

43. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Los dilemas de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, Número 4, 2001, 671 – 679, [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650297.pdf>
44. RUIZ VELÁSQUEZ, Max Ulises. “La responsabilidad civil por el daño moral derivada de la filiación extramatrimonial”, *Actualidad Jurídica*, N° 209, abril 2011, 45-51.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

45. CENTRO DE NOTICIAS ONU. *Con Somalia, 196 países han ratificado ya la Convención sobre los Derechos del Niño*, 2015, [Ubicado el 25.VI.2016]. Obtenido en <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=33493#.V3Q2Oo-cFdc>
46. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Perú a 25 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 2014, [Ubicado el 25.VI.2016]. Obtenido en <http://www.defensoria.gob.pe/blog/peru-a-25-anos-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino/>
47. GONZÁLEZ SEPE, Óscar. *Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial*, 2013, [Ubicado el 28.IV.2016]. Obtenido en

http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t13-responsabilidad_y_danos_por_falta_de_reconocimiento_de_hijo_extramatrimonial.pdf

48. MARÍA CORBO, Carlos. *Responsabilidad civil por falta de reconocimiento espontáneo de hijo extramatrimonial*, s.f., [Ubicado el 25.X.2017]. Obtenido en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artresponsabilidadcivilporfaldedereconocimientodehi/at_download/file
49. MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. *Derecho al nombre. Tener un nombre es mi derecho*, s.f., [Ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/nombre.htm
50. Perú.com. *¿Cómo se procede para reconocer a un hijo nacido fuera del matrimonio?*, 2014, [Ubicado el 27.IX.2016]. Obtenido en <http://peru.com/actualidad/mi-ciudad/reniec-sabes-como-se-procede-reconocer-hijo-nacido-fuera-matrimonio-noticia-220109>
51. Perú 21. *Ahora es más fácil exigir que se reconozca a hijos negados*, 01 de noviembre de 2014, [Ubicado el 27.IX.2016]. Obtenido en <http://peru21.pe/actualidad/hijos-negados-ahora-mas-facil-exigir-que-se-reconozca-y-pase-alimentos-2202810>
52. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor – o de los herederos de este – en la investigación de la filiación*, s.f., [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF
53. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada*, s.f., [Ubicado el 29.VI.2016]. Obtenido en <http://www.revistasacademicas.usmp.edu.pe/uploads/articulos/cb3a0-12.pdf>
54. SÁNCHEZ GUZMÁN, Verónica Amanda. *Procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: Un estudio doctrinario y jurisprudencial*, Tesis para optar el grado de Magíster, Santiago, Universidad de Chile, 2009, [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-sanchez_v/html/index-frames.html
55. UNICEF. *Convención sobre los Derechos del Niño*, [Ubicado el 25.VI.2016]. Obtenido en http://www.unicef.org/peru/spanish/convencion_sobre_los_derechos_del_nino_final.pdf
56. VARELA CÁCERES, Edison Lucio. *La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008*, [Ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/134/ucv_2009_134_219-269.pdf
57. VARGAS MORALES, Rocío del Pilar. *El derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est*, Tesis para optar el grado de Magíster, Lima,

UNMSM, 2011, [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/Vargas_mr.pdf

58. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial en razón de la Ley 28457 y la acción intimidatoria de paternidad*, 2006, [Ubicado el 16.IX.2016]. Obtenido en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2252/18.pdf>

59. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre*, 2005, [Ubicado el 25.IX.2016]. Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77a816804678ba6aa0bce693776efd47/El+nuevo+proceso+de+filiaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77a816804678ba6aa0bce693776efd47>

NORMAS LEGALES

60. Código Civil.

61. Código de los Niños y Adolescentes – Ley N° 27337.

62. Constitución Política del Perú.

63. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

64. Convención sobre los Derechos del Niño.

65. Ley N° 28457 – Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

JURISPRUDENCIA

66. Casación N° 2675-2001-Lima, de fecha 23 de diciembre de 2002, publicada el 30 de junio de 2003 en el Diario Oficial El Peruano, páginas 10721 a 10723. [Ubicado el 26.VI.2016]. Obtenido en http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF

67. Casación N° 2726-2012-DEL SANTA, de fecha 17 de julio de 2013, [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed

68. Consulta Expediente N° 13331-2013-Del Santa, de fecha 24 de abril de 2014 [Ubicado el 26.VI.2016]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/63b8ce804b1e8c33ad96af1955d33df0/Resolucion_13331-2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=63b8ce804b1e8c33ad96af1955d33df0

69. Consulta Expediente N° 3873-2014, de fecha 17 de marzo de 2015 [Ubicado el 28.VI.2016]. Obtenido en

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9a48ae804b1c0610aafdab1955d33df0/Resolucion_3873-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9a48ae804b1c0610aafdab1955d33df0

70. Decisión N° 52 del Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Lara, de fecha 03.10.2013, que obra en el Expediente N° KP12-V-2012-000387, sobre Inquisición de Paternidad [Ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en

http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:2/derecho+a+la+identidad+de+los+ni%C3%B1os/vid/470709682

71. Sentencia A.A. N° 4167-2010-JUNIN, de fecha 07 de agosto de 2012, [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf3a61804a1fe2ad8dbfdf5532545ad9/Resolucion+004167-2011-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bf3a61804a1fe2ad8dbfdf5532545ad9>

72. STC N° 227-2011-PA/TC, de fecha 04 de enero de 2012, [Ubicado el 15.IX.2017]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00227-2011-AA.html>

73. STC N° 04509-2011-PA/TC-San Martín, de fecha 11 de julio de 2012 [Ubicado el 25.VI.2016]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04509-2011-AA.html>