



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**“LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA POR LA FALTA DE
RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EN EL PROCESO DE
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL”**

TESIS:

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

AUTORA:

ABG. LILIA MAGNA IDROGO VERA

ASESOR:

M.Sc. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ

LAMBAYEQUE - PERÚ

2017

TESIS

“LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EN EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL”.

POR:

LILIA MAGNA IDROGO VERA
AUTORA

DR. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ
ASESOR

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL “PEDRO RUIZ GALLO” PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

APROBADO POR:

Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ

PRESIDENTE DEL JURADO

Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
SECRETARIO DEL JURADO

M.Sc. MARIANO LARREA CHUCAS
VOCAL DEL JURADO

OCTUBRE DE 2017

INDICE

DEDICATORIA	vii
AGRADECIMIENTO	viii
RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCION	xi

TITULO I: ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I: MARCO METODOLOGICO

1.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
1.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	15
1.3.- JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION	15
1.3.1.- Justificación	15
1.3.2.- Importancia.....	16
1.4.- FORMULACION DE LOS OBJETIVOS	16
1.4.1.- Objetivo General	16
1.4.2.- Objetivo Específico	16
1.5.- FORMULACION DE HIPOTESIS Y VARIABLES	17
1.5.1.- Hipótesis.....	17
1.5.2.- Variables	18
1.6.- METODOLOGIA	18
1.6.1.- Tipo y nivel de investigación	18
1.6.2.- Diseño de la contrastación de hipótesis.....	18
1.6.3.- Población y Muestra	19
1.6.3.1.- Población.....	19
1.6.3.2.- Muestra	19
1.6.4.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	21
1.6.5.- Métodos y procedimientos para el procesamiento de datos.....	22
1.6.6.- Análisis estadísticos de los datos	22

TÍTULO II

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EN EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

2.1.- LA FAMILIA	24
2.1.1.- Etimología.....	24
2.1.2.- Concepto General.....	25
2.1.3.- Concepto Jurídico.....	34
2.1.4.- Características	35
2.2.- FILIACIÓN	42
2.2.1.- Filiación real y legal	46
2.2.2.- Lo biológico y lo jurídico.....	48
2.3.- RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL	50
2.3.1.- Antecedentes.....	50
2.3.2.- Principios del Reconocimiento	53
2.3.3.- Formalidades del reconocimiento	55
2.4.- RESPONSABILIDAD CIVIL	62
2.4.1.- Etimología.....	62
2.4.2.- Concepto	63
2.4.3.- Elementos	65
2.4.3.1.- La imputabilidad o capacidad de imputación.....	65
2.4.3.2.- La ilicitud o Antijuricidad	66
2.4.3.3.- Factor de atribución	68
2.4.3.4.- Nexo causal o relación de causalidad.....	69
2.4.3.5.- El daño	70
2.4.3.5.1.- Teorías respecto al resarcimiento del daño moral.....	73
2.5.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	79
2.5.1.- Generalidades	79
2.5.2.- Concepto	80
2.5.3.- La Convención Internacional sobre los derechos del niño: expresión de un consenso universal	84

2.5.4.- El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones	88
2.5.5.- El interés superior del niño como “principio garantista”	91
2.5.6.- Satisfacción de sus derechos	93
2.6.- RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DEL MENOR Y SUS IMPLICANCIAS.....	97
2.6.1.- Fundamentos por la falta de reconocimiento voluntario del menor	97
2.6.2.- Derecho de identidad del menor	99
2.6.3.- Presupuesto de la responsabilidad civil en la falta de reconocimiento del menor	103
2.7.- NORMAS APLICABLES	108
2.7.1.- Constitución Política del Perú	108
2.7.2.- Tratados Internacionales	112
2.7.3.- Ley 28457	116
2.7.4.- Código Civil	117
2.8.- LEGISLACIÓN COMPARADA	137
2.8.1.- Francia	137
2.8.2.- España	139
2.8.3.- Venezuela.....	141
2.8.4.- México	143
2.8.5.- Argentina	145

TÍTULO III

LA SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN EMPÍRICA

CAPÍTULO III: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

3.1. FIGURAS DE LOS DATOS SOBRE LOS INFORMANTES.....	154
3.1.1. Porcentaje de informantes según el cargo	154
3.1.2. Porcentaje de Informantes según años de experiencia en la Labor desempeñada.....	155
3.2. SITUACIÓN ACTUAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EN EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, RESPECTO A LOS OPERADORES DEL DERECHO.....	156

3.2.1. Promedio de porcentaje de Conocimiento y Aplicación, respecto a los planteamientos teóricos.	156
3.2.2. Razones del Promedio de Porcentaje del Desconocimiento y No Aplicación respecto de los Planteamientos Teóricos.	158
3.2.3. Promedio de Porcentaje de Conocimiento y Aplicación respecto a las Normas	159
3.2.4. Razones del Promedio de Porcentaje del Desconocimiento y No Aplicación respecto a las Normas	162
3.2.5. Promedio de Porcentaje de Conocimiento y Aplicación respecto de la Legislación Comparada	163
3.2.6. Razones del Promedio de Porcentaje del Desconocimiento y No Aplicación respecto de la Legislación Comparada	164
3.3. PRUEBA DE HIPÓTESIS	165

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

DEDICATORIA

*A mis padres Mariano y Doris Marcela,
por la motivación constante para seguir
adelante.*

*A mi hija Miluska, por ser mi inspiración
y mi razón de ser.*

AGRADECIMIENTO

A mi esposo Paúl Antonio, por su constante apoyo y perseverancia para lograr mis objetivos.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación trata sobre el análisis de la conducta del padre que decide no reconocer de manera voluntaria a su menor hijo en el proceso de filiación extramatrimonial. La figura del reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado de manera arbitraria. Su fundamentación se basa en el derecho inherente de toda persona a conocer sus orígenes biológicos y reconocimiento de sus padres, derecho reconocido ampliamente a nivel internacional. De tal, manera que los defensores de esta tesis sustentan que aunque el Derecho de Familia sea una materia especial ello no impide de ninguna manera la aplicación de los principios generales del Derecho, tal como es el caso de los correspondientes a la responsabilidad civil, más aún, si está de por medio el interés superior del niño, y el no reconocimiento causa daño al menor y por lo tanto su consecuente resarcimiento. Algunos de los países donde efectivamente se permite la indemnización por falta de reconocimiento son Francia, España, Argentina y Venezuela.

La presente investigación tiene por objetivo analizar, respecto a los Planteamientos Teóricos, Normas y Legislación Comparada, para consiguientemente proponer lineamientos y recomendaciones. Se utilizó la metodología socio jurídico, descriptivo y analítico, habiéndose planteado como hipótesis que la falta de reconocimiento voluntario del padre o la madre de un hijo extramatrimonial, deviene en un daño moral resarcible así como se vulnera el derecho a la identidad y a la dignidad de la persona humana, la cual fue contrastada con el trabajo de campo.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad civil, interés superior del niño, filiación, familia.

ABSTRACT

This research work deals with the analysis of the conduct of the parent who decides not to grant on a voluntary basis to your minor child in the process of extramarital filiation. The figure of recognition, even if it is a discretionary Act, cannot be carried out in an arbitrary manner. Its Foundation is based on the inherent right of every person to know their biological origins and recognition of their parents, right recognized widely internationally. In such way that defenders of this thesis support that even if the family law is a special matter this does not preclude in any way the application of the General principles of law, as it is the case of the civil liability, even if it is of by means the best interests of the child, and non-recognition causes damage to the child and therefore its consequent compensation. Some of the countries which effectively allows compensation for lack of recognition are France, Spain, Argentina and Venezuela.

This research aims to analyze with respect to the theoretical approaches, Standards and Regulations Compared to propose guidelines and recommendations accordingly. Socio legal, descriptive and analytical methodology was used, having hypothesized that the lack of voluntary acknowledgment of the father or mother of an illegitimate child, becomes a compensable moral damages and violates the right to identity and dignity the human person, which was contrasted with fieldwork

KEY WORDS: Civil liability, best interests of the child, filiation, family.

INTRODUCCION

La presente tesis titulada “**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EN EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**”, es un tema de gran relevancia en nuestra sociedad, por lo cual la presente investigación se basará en un análisis doctrinario, jurídico, y comparativo con la legislación comparada de otros países, así como un trabajo de campo, que nos servirán de base para cumplir con los objetivos propuestos.

La presente Tesis se encuentra dividida en 3 Títulos las cuales conforme a lo dispuesto por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

En el Primer Título denominado “Enfoque de la Investigación”, se tratará el marco metodológico, en la cual se tratará respecto al planteamiento y formulación del problema, así como la justificación e importancia de estudio, formulación de los objetivos, hipótesis.

En el Segundo Título denominado “Marco Teórico”, en la cual se tratará la responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial.

En el Tercer Título denominado “La sistematización de la información empírica”, en la cual se tratará sobre el análisis e interpretación de datos, relacionado al trabajo de campo.

Finalmente se tratará sobre las Conclusiones a la que arribamos de la realidad analizada, Recomendaciones y Bibliografía.

La autora

TÍTULO I
ENFOQUE DE LA
INVESTIGACIÓN
CAPÍTULO I
MARCO METODOLÓGICO

TITULO I: ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I: MARCO METODOLOGICO

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el proceso de filiación la materia en controversia es determinar el parentesco entre el menor y el demandado, que puede ser el padre y/o la madre de éste; también vemos que durante casi todos los procesos de filiación hay negativa por parte del demandado de reconocer voluntariamente al menor e incluso muchos tratan de entorpecer el procedimiento regular; es decir, una conducta negativa e irresponsable que debe ser sancionada; pues a largo plazo ésta puede conllevar a crear desórdenes en el normal desarrollo bio-psico-social en el menor involucrado.

Nuestro ordenamiento legal contempla el proceso de filiación extramatrimonial, esto es en el Código Civil en los artículos 386 al 414, pero a la actualidad aún no ha incluido la responsabilidad que deriva de éste por la negativa al reconocimiento voluntario, hecho que consideramos es trascendental y necesario, por cuanto existe una omisión por parte del demandado que afecta al menor materia de controversia e incluso producto de ello la sociedad se ve afectada debido a que ésta negativa puede producir en la juventud desórdenes a causa de una niñez que fue cuestionada por su propio progenitor; por tanto, este tipo de conducta debe ser sancionada. Creemos que aunque es posible plantear la acumulativamente la filiación y la responsabilidad civil, ya que la norma no lo prohíbe, sin embargo los jueces de nuestro distrito judicial, a pesar de haber un vacío legal dejan de administrar justicia,

declarando improcedente con respecto a la responsabilidad civil, siendo que solamente se pronuncia respecto a la filiación extramatrimonial cuando la prueba de ADN ha dado como resultado positivo.

“Configura un daño moral indemnizable el no reconocimiento del menor por el padre que lo engendrado, ya que se le priva de una pertenencia que es reclamada agudamente por el niño y que en condición de su crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica” (Rubinzal Culzoni, 1994: 339). Pues, “la mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontaneo de filiación extramatrimonial constituye una ilicitud que ha generado en el menor un daño futuro y que debe resarcirse con independencia de su edad” (Rubinzal Culzoni, 1994: 387).

“El desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas genera un agravio moral, futuro y cierto en el niño ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente, por lo que se constituye en un daño indemnizable” (Rubinzal Culzoni, 1994: 418).

Si bien existen normas establecidas para determinar el parentesco entre el demandado y el menor y por ende determinar la identidad del hijo extramatrimonial, sin embargo en el Código Civil Peruano aún no han incorporado la responsabilidad Civil del padre que se niega a reconocer voluntariamente al menor, pese a que puede causar daño en el normal desarrollo de éste; y los operadores del derecho no consideran el principio del

interés superior del niño como un principio preferente para la defensa de los derechos de niños involucrados.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos, respecto de la responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial?

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION

1.3.1. Justificación

Esta investigación se justifica debido a que al decretarse la responsabilidad civil a quien no reconoce a su hijo voluntariamente, se resarcirá al menos el daño moral ocasionado, ya que también tenemos conocimiento que al no ser reconocido no puede percibir los alimentos, sino desde que es reconocido legalmente o mediante un proceso judicial de filiación extramatrimonial cuando se ha realizado la prueba de ADN, aunque se acepta la posibilidad de que el hijo extramatrimonial puede reclamar alimentos a quien ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción (artículo 415 del código civil), sin embargo esta posibilidad ya es poco probable que se invoque por las pruebas biológicas que determinan en un 99.99% la filiación. Asimismo se justifica la presente investigación porque se hará prevalecer el interés superior del niño.

1.3.2. Importancia

Esta investigación es trascendente ya que en el fondo del problema se dignifica a la persona y se le acredita su derecho a la identidad, asimismo los resultados son de interés y repercusión social, porque la defensa de los derechos del niño compete a la sociedad y al Estado.

Esta investigación es también una contribución al conocimiento teórico/científico en materia civil.

1.4. FORMULACIÓN DE LOS OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo General

La presente investigación pretende analizar la responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial; con respecto a un marco referencial que integre: Planteamientos Teóricos, Normas, y Legislación Comparada; mediante un análisis cuanti-cualitativo con el apoyo de los programas informáticos; con el propósito de identificar las causas de cada parte del problema; de tal manera que tengamos base para proponer lineamientos y recomendaciones respecto a que se debe establecer la responsabilidad civil de los sujetos por aquellas acciones u omisiones con afectación negativa en la esfera jurídica de otras personas, siendo en nuestro caso los hijos extramatrimoniales.

1.4.2. Objetivo Específico

A. Ubicar, seleccionar y resumir planteamientos teóricos directamente relacionados a la responsabilidad civil derivada por la falta de

reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial, tales como: conceptos básicos, teorías y principios; normas, tales como: Constitución Política del Perú, Código Civil, Código Procesal Civil, Ley 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial; Legislación Comparada que integramos como marco referencial para el análisis.

B. Comparar cuantitativa y cualitativamente, con el apoyo de programas informáticos, cada parte o variable en la responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial, con respecto a cada parte o variable del marco referencial, tomado como patrón comparativo suficiente.

C. Proponer lineamientos y recomendaciones respecto a que se debe establecer la responsabilidad civil de los sujetos por aquellas acciones u omisiones con afectación negativa en la esfera jurídica de otras personas, siendo en nuestro caso los hijos extramatrimoniales.

1.5. FORMULACION DE HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.5.1. Hipótesis

La falta de reconocimiento voluntario del padre o la madre de un hijo extramatrimonial, deviene en un daño moral resarcible, así como se vulnera el derecho a la identidad y a la dignidad de la persona humana.

1.5.2. Variables

Variable independiente

La falta de reconocimiento voluntario del padre o la madre de un hijo extramatrimonial.

Variable dependiente

Daño moral, vulneración al derecho a la identidad y a la dignidad de la persona humana.

1.6. METODOLOGÍA

1.6.1. Tipo y nivel de investigación

El tipo de Investigación es socio jurídico, descriptivo y analítico.

1.6.2. Diseño de la contrastación de hipótesis

Las apreciaciones correspondientes a informaciones del dominio de variables que fueron cruzadas en una determinada hipótesis, será como premisa para contrastarla.

El resultado de la contrastación de la hipótesis (que puede ser prueba total, prueba y disprueba parcial o disprueba total) dará base para formular una conclusión general de la investigación.

Las apreciaciones y conclusiones resultantes del análisis fundamentaron cada parte de la propuesta de solución al problema nuevo que dio al inicio de la investigación.

1.6.3. Población y Muestra

1.6.3.1. Población

La población de informantes para el cuestionario serán los Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque de una población de 6644 personas.

1.6.3.2. Muestra

Los informantes para el cuestionario serán los Jueces especializados en Civil y Familiar, Fiscales en materia Civil y Familiar y Abogados de la Región Lambayeque, es decir los cuestionarios se aplicarán a 49 informantes, y que al detalle presentamos a continuación aplicando la siguiente fórmula:

$$n = \frac{N * Z^2 * p * q}{d^2 * (N-1) + Z^2 * p * q}$$

Dónde:

- N = Total de la población
- $Z^2 = 1.96^2$ (si la seguridad es del 95%)
- p = proporción esperada (en este caso 8% = 0.08)
- q = 1 – p (en este caso 1-0.08 = 0.92)
- d = precisión (en este caso deseamos un 5%).

1. Según datos obtenidos del Concejo Nacional de la Magistratura (<https://www.cnm.gob.pe> - Consulta hecha el 21 de febrero de 2015), se tiene una población de 23 Jueces Especializado en Civil y Familiar, y aplicando la fórmula obtenemos el siguiente resultado:

$$n = \frac{23 * 1.96^2 * 0.05 * 0.98}{0.08^2 * (23-1) + 1.96^2 * 0.05 * 0.98}$$

$$n = \frac{23 * 3.8416 * 0.05 * 0.92}{0.0064 * (22) + 3.8416 * 0.05 * 0.92}$$

$$n = \frac{4.06}{0.32}$$

n = 13 Jueces especializado en Civil y Familiar

2. Según datos obtenidos del Anuario Estadístico de 2015 elaborado por el Ministerio Público, se tiene una población de 11 Fiscales en materia Civil y Familiar, y aplicando la fórmula obtenemos el siguiente resultado:

$$n = \frac{11 * 1.96^2 * 0.05 * 0.92}{0.08^2 * (11-1) + 1.96^2 * 0.05 * 0.92}$$

$$n = \frac{11 * 3.8416 * 0.05 * 0.92}{0.0064 * (10) + 3.8416 * 0.05 * 0.92}$$

$$n = \frac{1.94}{0.24}$$

n = 8 Fiscales en materia Civil y Familiar

3. Según datos obtenidos del Ilustre Colegios de Abogados (Consulta hecha 21 de febrero de 2015 en: <http://www.ical.org.pe/busquedaabogados>), se tiene una población de 6610 Abogados , y aplicando la fórmula obtenemos el siguiente resultado:

$$n = \frac{6610 * 1.96^2 * 0.05 * 0.92}{0.08^2 * (6610-1) + 1.96^2 * 0.05 * 0.92}$$

$$n = \frac{6610 * 3.8416 * 0.05 * 0.92}{0.0064 * (6609) + 3.8416 * 0.05 * 0.92}$$

$$n = \frac{1168.08}{42.47}$$

$$n = \mathbf{28 \text{ Abogados}}$$

1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

- a) La técnica del análisis documental; utilizando, como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de la institución; que usaremos para obtener datos de los dominios de las variables: conceptos básicos, normas y legislación comparada.
- b) La técnica de la encuesta; utilizando como instrumento un cuestionario; que tendrá como informantes a los Jueces, Fiscales y

Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque; que aplicaremos para obtener los datos del dominio de las variables.

1.6.5. Métodos y procedimientos para el procesamiento de datos

El método que se utilizará es el de la inducción, ya que se partirá de casos particulares, y de esta manera llegar a conocimientos generales.

1.6.6. Análisis estadísticos de los datos

Recogida la información aplicaremos la estadística básica que terminará en la presentación de tablas, cuadros, gráficos y luego serán analizados siguiendo el procedimiento lógico y estructura funcional.

TÍTULO II
MARCO TEÓRICO
CAPITULO II:
LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DERIVADA POR LA FALTA DE
RECONOCIMIENTO
VOLUNTARIO EN EL PROCESO
DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL

TÍTULO II

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EN EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

2.1. LA FAMILIA

2.1.1. Etimología

La significación etimológica de la palabra familia es dudosa. Para algunos como Cornejo Chávez, señala que se deriva del latín Fames, hambre, y alude al hecho de que es en el seno del grupo doméstico donde el hombre satisface sus necesidades primarias (p.13). Deriva de la voz famulus, siervo, y hace referencia al hecho de que la familia romana incluía a gentes de condición servil -esclavos, clientes- o a que los miembros de ella estaban servilmente sometidos a la autoridad del pater, para Peralta J. (2008), la deriva del sánscrito “Vama o Fama”, complejo de habitación, residencia, vestido, algo así como lugar, casa. (p. 36)

Corral H. (2005) nos explica que: según su teoría, la palabra “familia” provendría del sánscrito: de los vocablos *dhá* (asentar) y *dhaman* (asiento, morada, casa). De acuerdo a esta posición, “familia”, en un principio, designaba la casa doméstica y en un sentido más restringido, los bienes pertenecientes a esa casa, vale decir, el patrimonio (p. 21).

Una segunda postura señala que el término tendría su cuna en la lengua osca. Pero aquí las opiniones se dividen: para unos, familia vendría del vocablo *famel* o *fames* que quiere decir “hambre”; la conexión entre ambas palabras residiría en que en el seno de la familia se satisface esa primera necesidad. Para otros, en cambio, el origen se encontraría en el término *famulus* con el cual se designaba a los que moraban con el señor de la casa y particularmente a los esclavos.

Algunos autores, además, vinculan el vocable *famulus* con el verbo osco *faamat* que significa “habitar” y sostienen que éste, a su vez, provendría del sánscrito *Vama* (hogar, habitación). Familia significaría, pues, en sus orígenes, el hogar, comprendido por la mujer, los hijos y los esclavos domésticos (por oposición a los rurales).

2.1.2. Concepto General

La Familia en general es tema de estudio de cualquier ángulo de las ciencias sociales. Sin lugar a dudas ella es un hecho social de trascendencia social. Como agrupación social nace debido a impulsos genésicos del hombre y se constituye con la finalidad de satisfacer necesidades materiales, morales y espirituales del hombre; como fenómeno natural tiene su asiento en la unión de los sexos; como institución jurídica tiene su origen en el matrimonio, que es la unión reconocida y normada por el ordenamiento jurídico (Mallqui M. y Momethiano E., s/f, p. 23).

De tal modo, la familia es una asociación natural y espontánea de personas ligadas por intereses comunes y cumple los fines materiales y espirituales que exige la vida. La historia y la sociedad muestran que la familia ha atravesado por una serie de transformaciones y también de tipos familiares. Para los evolucionistas aparece la primera familia de tipo matriarcal, esto es agrupamiento de los individuos alrededor de la madre, que entonces es jefe de la familia. La mujer es el punto de partida para fijar las relaciones familiares. Los caracteres propios de la familia matriarcal son: ginecocracia, parentesco uterino, algunas veces poliandria, y sobre todo, falta de imputación de la paternidad. Se han considerado otros tipos como el de la familia estirpe, la sociedad familiar inestable y otros.

Tenemos luego el patriarcado dentro del cual el padre es el jefe de familia, quien determina la filiación y trasmite la herencia. Uno de sus caracteres sobresaltantes es el poder o potestad del padre: la patria potestad, que le da el carácter esencial a este tipo de patriarcado.

Finalmente nos encontramos con el concepto moderno de la familia basada en el matrimonio monogámica, que cambia sustancialmente la estructura familiar. Hasta nuestros días subsiste la "Familia individual". En este tipo se han dado cambios en el que el padre viene a ser verdaderamente un "amo tiránico" de cuya voluntad dependen en absoluto la mujer y los hijos. Mas esta extrema potestad marital y paternal se va lentamente atenuando, es decir humanizando, continuando y perdurando eso si la estrecha relación entre el marido y la mujer, mientras los hijos van

adquiriendo una mayor libertad, viviendo si se quiere un tanto menos sujetos a la autoridad familiar. Ello se debe a una concurrencia e incidencia de factores de orden social, económico y moral.

Desde el punto de vista de la estructura del grupo societario, Augusto Comte vio en la familia la célula social, aunándose a los que sustentan la tesis de que la reunión de familias engendró la sociedad.

La tesis más moderna considera que la familia como grupo homogéneo de parientes no existió en el seno de las sociedades más salvajes y primitivas, lo que indudablemente no hubiera satisfecho a Aristóteles, que consideró que la familia era una comunidad según natura constituida para toda la vida. Se sostiene que la familia se formó cuando superado el estadio promiscuitario, aparecen por un laborioso proceso cuya reconstrucción es sumamente conjetural, las primeras distinciones de vinculación sanguínea entre los individuos de un grupo.

El problema del origen de la familia ha dado lugar a varias escuelas; la patriarcal como ya lo dijimos que fue la primera fundada en la tradición de las gentes y en los relatos bíblicos. Cedió el campo a la matriarcal, que se fundó en los datos de la etnografía comparada y de la mitología que permiten penetrar con más o menos autoridad en la oscura y enmarañada selva de la prehistoria.

La familia antigua tenía, pues, si no mayor complejidad, mayor amplitud que la moderna: comprendía, no sólo a los propiamente parientes, sino a esclavos y clientes.

Hoy, la familia es un grupo reducido y homogéneo. Podría creerse a causa de esta reducción de esfera, en una concentración y fortificación del vínculo familiar. Lo inverso, sin embargo, se observa: la familia antigua, con más o menos exageración, era de recia y rígida estructura, tal vez por responder a preocupaciones religiosas. La moderna, en cuyo seno se agita el fermento disociador de la lucha económica, aparece débil y no raramente contrahecha. No debe sorprender, por eso, que en nuestros días se hable de la “crisis”, de la “disolución” de la familia.

Se denomina familia en sentido amplio “al conjunto de personas unidas por matrimonio o por el vínculo de parentesco natural o de adopción; se extiende a tres tipos de relaciones: conyugales, paterno filiales y parentales”.

“La gran Familia surge con el nacimiento del Estado, dejando de ser parte de la familia el poder político. El ejemplo más conocido es el de la familia romana primitiva, sometida a la autoridad del paterfamilias, quien era el ascendiente común de todos aquellos que la conformaban (Mallqui M. y Momethiano E., s/f, p. 23). El paterfamilias ejercía un poder amplio sobre los miembros de la familia, era el dueño de todos los bienes, hacía de jefe, de magistrado y de sacerdote. No sólo abarcaba la gran familia a los

descendientes del citado jefe común, sino que comprendía además a sus esposas, clientes y esclavos. La mayor parte de las virtudes antiguas de Roma: la economía, la simplicidad, el amor al orden, la castidad y la fidelidad, tienen, precisamente, la relación más íntima con la vida doméstica; y la familia encuentra en esta última su causa moral, su puesto de partida, su medio vivificante” (Arias J., 1943, p. 22)

Desde el punto de vista generativo, la familia es un fenómeno primordial en la historia de la humanidad en un triple sentido: por estar en el origen de la sociedad humana, por su continua reproducción y por estar en el origen de cada persona singular (Donati Pierpaolo, 2004, p. 21). En el primer sentido, la familia es un fenómeno primordial ya que es el elemento fundante de la sociedad desde el inicio de la historia humana. Más concretamente, la sociedad nace cuando nace la familia, nace «con» ella, en el mismo momento y del mismo modo. En los inicios de la humanidad, la sociedad se forma a partir de lo que hace familia (se dice que la familia, en aquel momento, coincide con la sociedad). Al principio de la existencia temporal de una sociedad no existe el individuo aislado, sino el grupo familia: si el individuo está completamente aislado, muere. Toda sociedad asume la forma de una amplia parentela (tribu, clan o gens), y la sociedad que se va desarrollando está constituida de las relaciones entre tribus y clanes. Por tanto, en un primer sentido, la familia es primordial en cuanto que sin ella lo social no adquiere existencia histórica. En el segundo sentido, la familia es un fenómeno primordial porque, en el curso de la evolución humana, es la matriz fundamental del proceso de civilización. Así, primordial no significa que está en el origen de la civilización, sino en el

contexto y en el presente, también en niveles más desarrollados y diferenciados de la evolución social, la familia es precondition de toda posible adquisición de civilización. No se alude ahora a que la familia sea el lugar (sistema social primario viviente) en que se reproduce la especie humana. Se alude a algo más esencial que una sociedad no puede existir si no dispone de una cultura que pueda pensar y vivir de forma «familiar», y esto está más allá del horizonte meramente familiar (es lo desconocido, extraño, lo no-familiar). Aún más, la capacidad de desarrollo de cualquier sociedad consiste en saber traducir lo no-familiar en familiar. Para hacerlo, debe recorrer categorías simbólicas que tienen en la familia su arquetipo. En este sentido, la familia es primordial en cuanto que encarna una distinción (familiar/no-familiar) sin la cual el proceso de civilización no puede avanzar.

En palabras de García V. (2001) nos refiere que la familia es considerada como aquel grupo de personas unidas por el matrimonio o producto de las uniones de hecho, entre las cuales existen derechos y deberes jurídicos sancionados en el Código Civil (patria potestad, obligaciones alimentarias, derechos sucesorios, etc.) (p. 211).

Tal como señalan los profesores Bossert G. y Zanani E. (1989): “Ella se funda en la relación monogamia: un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones y de ellos deriva la prole que completa el núcleo familiar. La monogamia es un orden sexual en la sociedad, en beneficio de la prole y del grupo social”.

La familia es la célula básica de la sociedad, en razón de que todo ser humano necesita de un hogar que lo cobije y desde donde pueda desarrollar a voluntad sus cualidades físicas, emocionales, sentimentales y de interrelación íntima con aquellos a los que se encuentra ligado por la sangre y el afecto parental.

El profesor Díaz de Guijarro E. (1953) la considera como una institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. Ella posee una importancia singular porque constituye célula básica de la organización social.

Castillo M. (2008), nos refiere que: Sabemos que la familia juega un rol protagónico en la cimentación de las conductas sociales de los ciudadanos, ya que constituye el centro de educación y, por tanto de transmisión de valores morales y culturales; por eso cuando al interior de ella se producen actos de violencia, ello no sólo constituye un grave riesgo para dicha familia sino para toda la sociedad.

En ese contexto, el profesor Ramella P. (1980) señala: “La protección a la familia responde a un natural designio de la persona, desde que ella genera sus más elevados sentimientos afectivos, y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad como el medio indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consideración

de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social”.

La doctrina acepta la existencia de la denominada familia nuclear, la cual se encuentra constituida por el padre, la madre y los hijos, siempre que estos últimos se encuentren bajo la esfera de autoridad de sus progenitores, en razón de la edad y convivencia. O sea se constituye sobre la base de la relación que surge del matrimonio y el parentesco.

El parentesco es el vínculo existente entre un grupo de personas, en atención a la reglas de consanguinidad, afinidad o adopción.

El parentesco por consanguinidad es aquél que liga a las personas que descienden unas de otras por naturaleza biológica (padres, hijos).

El parentesco por afinidad es aquel que liga como consecuencia del matrimonio, a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro (suegros, nuera, yerno, cuñados).

El parentesco por adopción es aquel que liga como consecuencia de la realización de un acto jurídico mediante el cual, una persona con capacidad plena de ejercicio recibe como hijo propio a quien no lo es biológicamente (adoptante y adoptado).

La proximidad jurídica del parentesco es aquella que se genera en función de la generación que media entre las personas que forman parte de un mismo tronco familiar consanguíneo.

El tronco familiar consanguíneo se establece a través del ascendiente común.

Como se ha inferido anteriormente, el núcleo familiar es aquél que está vinculado a la unión matrimonial y el parentesco. Ahora bien, en atención a lo establecido en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución, como consecuencia del respeto a la pluralidad étnica y cultural de las ciudades vinculadas con las culturas quechua, aymará, etc., es admisible jurídicamente que dicho núcleo familiar se extienda a los parientes consanguíneos, por afinidad y hasta los derivados del vínculo espiritual (compadrazgo).

En ese sentido, de conformidad con lo que dispone el artículo 2 del decreto legislativo N° 346 – Ley de Política Nacional de Población-, es necesario procurar el fortalecimiento de la familia como unidad básica de la sociedad; promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal.

En ese contexto, el Estado debe ejecutar acciones que faciliten a las parejas la toma de conciencia sobre el matrimonio y los derechos de los hijos, sobre la crianza y socialización de éstos como responsabilidad tanto del varón como de la mujer; y sobre el trato igual entre ambos sexos como garantía de

una mayor armonía y estabilidad en el desarrollo de la pareja, para así consolidar los lazos de solidaridad entre todos los miembros de la familia.

Corral H. (2005) define a la familia como aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación , está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente (p. 12).

Bautista P y Herrero P. (2007), señala que la familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender uno de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre (p. 12).

2.1.3. Concepto Jurídico

Jurídicamente, la idea de la familia puede ser conceptualizada en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del Derecho: en sentido amplio, la familia es el conjunto de personas unidas por vínculos de matrimonio, el parentesco o la afinidad. En sentido restringido, la familia puede ser comprendida como “el conjunto de las personas que se hallan unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción”, o “como al conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y los recursos de un jefe de la casa”.

La primera de estas acepciones, que circunscribe la familia a la doble sociedad conyugal y paterno filial, es señalado en numerosas disposiciones del Derecho Familiar, es decir congregados por todos los lazos del parentesco; la segunda acepción nos evoca la primitiva casa latina de la familia, y salvo ciertos efectos como el uso y la habitación, carece de importancia jurídica, pues, la comunidad doméstica no constituye relación familiar, de modo que un individuo que comparte permanentemente el techo con otros puede ser y continuar siendo ajeno a la familia. En sentido más restringido aún designamos hoy familia al grupo reducido de personas que forman el padre, la madre y los hijos, con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales, (familia estricta o nuclear).

Nuestro Derecho positivo toma el vocablo en su sentido restringido, porque en nuestro ordenamiento jurídico la familia es un conjunto de personas unidas con los vínculos parentales de consanguinidad o afinidad así nos precisa el artículo 402 inciso 2do. Del Código Civil, cuando nos dice: “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada; cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.

2.1.4. Características

Los caracteres fundamentales del grupo familiar, son los siguientes:

a) Carácter biológico o natural.

Consiste en aquella disposición natural del grupo familiar; pues la misma no fue creada por ninguna ley, sino que fue anterior a ella. Su carácter natural, deriva de necesidades, hábitos y peculiaridades humanas, y que en consecuencia, el Derecho no puede regularla a su antojo, sin incurrir en el riesgo de desnaturalizarla.

La familia es ante todo, una institución que la ética, la costumbre y la religión tratan de disciplinar cada cual por su cuenta e independientemente de lo que dispone el ordenamiento jurídico.

b) Carácter necesario o sociológico

La familia tiene carácter necesario, si nos identificamos con la opinión de algunos juristas; si bien la familia alimenta, también protege y educa, consecuencia ésta que no puede ser cumplida convenientemente, si no es con la unión estable y duradera de los padres. Sin embargo, la característica anteriormente anotada, prácticamente se ha superado con los novísimos ensayos de hogares infantiles implantados en algunos países, donde la convivencia de los padres con hijos, no es necesario.

Por otro lado, el parentesco en sentido humano y sociológico del término, es esencialmente un conjunto de relaciones bien religiosas, jurídicas o morales, socialmente definidas. Las investigaciones etnológicas han revelado que en las sociedades arcaicas el parentesco era de origen místico, más que fisiológico. En las sociedades totémicas se supone que

todos los miembros del Clan participan de la naturaleza de su antepasado místico. La unidad social no es el individuo sino el grupo, el parentesco de grupo a grupo. El vínculo de sangre no bastaba para establecer el parentesco, se necesitaba además el vínculo del culto y la religión; relación puramente agnaticia.

c) Carácter político.

La familia en la actualidad no desempeña ningún papel político, pero lo tuvo en otras épocas. Antes de aparecer el Estado, la familia fue la institución directiva por excelencia y aun cuando se constituyeron los órganos del gobierno, la familia coexistió sin embargo dentro de ellos, a veces predominando la aristocracia, pero siempre manteniendo su autonomía propia.

El Estado antiguo encuentra sus raíces en la familia, su cima y sus ramas se confunden con la constitución militar; en otros términos, las gentes y la posición que ocupan los individuos en el seno de éstas, están fundados en la idea de la familia; las curias, las tribus con sus jefes y el rey, encuentran su base en el interés militar. Todos los intereses que agitan su vida se relacionan con ella, y encuentran en su seno, sino una satisfacción completa, al menos puntos de apoyo. El culto de los dioses, el servicio militar y el ejercicio de los derechos políticos.

Familia y sociedad debieron producirse en hombres primitivos, confundidos e indiferenciados, que es como parece que se sienten y

satisfacen las necesidades esenciales de conservación de la reproducción y de la vida de relación. La sociedad es anterior a la familia patriarcal. El matriarcado precede al patriarcado; antes la humanidad estaba agrupada en hordas o grupos cuyo lazo de unión era el instinto sexual. La certidumbre de la madre y la incertidumbre del progenitor otorga la supremacía a la mujer; pero la sociedad política surge con la familia monógama, bajo la autoridad del padre, y como consecuencia de la convivencia territorial...”. Por último, “La condición primitiva de la especie humana, fue lo que se llama Estado patriarcal. La sociedad tiene su origen en familias distintas, en las cuales los miembros quedan unidos bajo la autoridad y protección del más anciano de los ascendientes varones. “La familia debió ser cerrada, independiente, construida por el plazo del parentesco, formada por el padre como jefe, la madre y los hijos. Subsistiendo la familia aparecen después *la gens* y la tribu. El parentesco, la consanguinidad es sin duda, el lazo más antiguo de las comunidades humanas.

Nuevamente en la Edad Media, recuperó su influjo por la propiedad familiar, por la institución del Mayorazgo y por la nobleza. El estado civil de la persona dependía de la situación política de la familia. Posteriormente sucede lo contrario: El Estado interviene la familia para suplir su debilidad y aun suplantarla y el estado civil de la persona ya no depende de la situación familiar.

d) Carácter económico.

Dentro de la economía primitiva, la familia constituía una unidad

productora, esto es, que la producción como el consumo y también la propiedad, tuvieron un carácter familiar; aun con posterioridad al maquinismo industrialismo, así como el trabajo de las mujeres y los menores, la familia todavía continúa siendo una agrupación de propiedad, por lo mismo que la vida económica de la familia se agrupa alrededor de su jefe, y los cónyuges forman una sociedad patrimonial; surgen de este modo el salario familiar, el hogar de familia, etc.

La propiedad comenzó por pertenecer al Clan, a la tribu y a la familia y no a sus miembros individuales”. Rezagos de esta institución los tenemos en los grupos de esclavos, y en las figuras jurídicas como el salario familiar, el hogar familiar, que es una adaptación del *Homestead*, etc., aunque la familia ya no constituya una unidad productora, como primitivamente se concibió. “El capitalismo, a pesar de ser un fenómeno progresivo, conduce constantemente a que el hombre fuerte sea despedido de su trabajo, mientras que la mujer se convierte en sostén de la familia, absurda situación que tiene como consecuencia la prostitución y el adulterio.

e) Carácter religioso.

El Cristianismo impulsa y transforma saludablemente la institución de la familia aunándola. La familia al hacer su aparición el Cristianismo, existía desunida por la relajación de las costumbres y para recuperar su antigua preponderancia, necesita de los elementos morales que tenía la doctrina del Cristianismo. Pero no podía esperarse que tal influjo se tradujera en una minuciosa reglamentación, toda vez que el

Cristianismo no es un código con autoridad legal en cada Estado, sino más bien un espíritu, una tendencia, una inclinación hacia un ideal realizada por un influjo moral, razón por la cual la transformación fuera lentamente.

Con el Cristianismo, el matrimonio viene a ser un sacramento, es monógamo, se desconoce jurídicamente la unión libre y por lo tanto desaparece el concepto de concubina, y el carácter fundamental del matrimonio es su indisolubilidad que lo convierte en una institución fuerte, como era el caso de la familia *nahua*, en la cual se tenía muy en alto el concepto de matrimonio ya que era un acto exclusivamente religioso, en el cual no tenía injerencia en las ceremonias del ritual, los representantes del poder público. La condición de la mujer se exalta hasta recuperar o mejor dicho que recupera todos sus derechos; donde la revolución francesa hace que la institución familiar entre otra vez en crisis por negársele caracteres primordiales, naturales y morales.

f) Carácter histórico

El grupo más fuerte de estudiosos declara las diversas teorías que discuten la aparición de la familia, no han confirmado ni siquiera particularmente, y en consecuencia nada sabemos de ella. Pero tenemos que señalar que las escuelas opuestas defienden las teorías que hoy campean sobre este problema social, como la escuela evolucionista y la escuela alemana histórica-cultural.

Los evolucionistas clásicos sostienen que la familia ha pasado

por una evolución continua, desde el *vagus concubitus*, o etapa del Hetairismo hasta llegar al estado monogámico patriarcal, mientras que los evolucionistas modernos sostienen que la familia evoluciona desde la promiscuidad sexual, emparejamiento transitorio hasta llegar a las familias consanguínea, panalúa, sindrámica y monogámica.

La escuela histórico-cultural sostiene que la familia primitiva es la patriarcal monogámica que degenera por contingencias que repercuten en el orden moral, medio ambiente, y por influencias extrañas y específicas. Éstas hacen que se simplifiquen caracteres que permanecen yuxtapuestas, por lo que hay diversos tipos de familias, pero que no se generan del imperfecto al perfecto, sino que son corrupciones del primer tipo patriarcal monogámico.

g) Carácter jurídico.

Las relaciones entre los individuos que componen la familia producen derechos y obligaciones, que si están fundadas en preceptos la mayoría de ellos éticos, tienen que ser observados por medio de la coacción, para que el grupo pueda desarrollarse normalmente; de aquí que, por estos caracteres, estas relaciones sean jurídicas y su estudio comprende el Derecho de Familia.

h) Carácter ético.

Es en la familia, donde el amor se manifiesta en la más noble y tierna expresión, por ese instinto congénito de la sublime realización de

todos los seres que la componen. Primero en la etapa prematrimonial, luego en el matrimonio entre los cónyuges, después los cónyuges con sus hijos, nietos, y extiéndase hacia los demás componentes que forman el grupo familiar.

De toda esta realización, tanto espiritual como material, deriva la confirmación de la convivencia, teniendo como base, el natural respeto, solidaridad, asistencia recíproca o igualdad, cumplimiento al máximo con el mandato de los valores morales.

La plenitud de la vida y la realización de los fines espirituales que la dignifican y que la orientan, tanto morales como religiosos, se logran dentro de la familia, con las naturales manifestaciones de su potencia cohesiva, que tienden a preservar la integridad del núcleo, a asegurar la aptitud y la educación de sus componentes, y a obtener para todos ellos la satisfacción de las necesidades anímicas del hombre.

2.2. FILIACIÓN

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

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

Planiol y Ripert (1948), dicen que la filiación es la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra (p.454).

Méndez M. (1986) la define como “El estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado” (p. 13). Para Cicu A. (1930) es el estado cuya característica es “que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no solo con sus padres sino con todos los parientes de sus padres” (p.18).

Según Doménico B. (1967) la “Filiación es, ante todo, el hecho de la generación por nacimiento de una persona llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llaman progenitores” (p.105).

Por su parte partiendo que la procreación es obra del padre y de la madre, Espin D. (1962), manifiesta que la filiación es aquella “relación existente entre una persona de una parte, y otras, dos de las cuales una es el padre y la otra la madre de la primera” (p. 338).

Por su parte Varsi Rospigliosi E. (2001) dice que la filiación es la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia.

De allí se diga que la filiación implica un triple estado:

- Estado Jurídico. Asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra.

- Estado Social. En cuanto se tiene respecto a otra u otras personas.

- Estado Civil. Implica la situación del hijo frente a la familia y a la sociedad.

La importancia que tiene para el derecho la determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial ya que del mismo surge una vasta gama de derechos, deberes y obligaciones (p. 192).

Bien lo señala Escriche J. (1884) los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas, esto es, aquella la calidad de padre y esta la calidad de hijo (p. 203).

A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona (Silva P., 1987, p. 326).

De ello tenemos que la filiación es un consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el estatus filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente de todas persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales, sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

Díez Picazo L. (2001), denomina a la filiación tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus con sus dos progenitores o con un solo (p. 227).

Inicialmente, la filiación es un hecho biológico y consiste en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra. Esa inicial realidad biológica es recogida y regulada *a posteriori* por el ordenamiento jurídico, que distribuye derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos o, dicho de modo más sencillo, entre padres e hijos. Puede por tanto decirse que la relación jurídica de filiación se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúan en la de hijos.

Los problemas jurídicos básicos que la relación de filiación plantea son los relativos al modo de su establecimiento o de fijación, determinado contenido jurídico de derechos y obligaciones a la relación en cuestión.

Alterini A. (s/f), menciona que la palabra filiación tiene dos acepciones. Una amplia, que se refiere a toda vinculación de una persona con sus antepasados, aún los más remotos. Y otra limitada – sentido éste que nos interesa – que importa al vínculo entre el hijo y sus inmediatos progenitores, el padre y la madre. Tal relación, vista desde el ángulo del hijo, se denomina

filiación; y es paternidad o maternidad, según el punto de mira se ubique, respectivamente, en el padre o la madre (p. 237).

2.2.1. Filiación real y legal

a) La filiación jurídica y filiación biológica

Como para la biología, para nuestro Derecho actual, la filiación de sangre es el vínculo que se da entre generantes y generados. El estado jurídico de filiación se basa, pues, en el vínculo natural de sangre (prescindo ahora de la adopción) y debe ligar, en principio, a todo generante con todo generado.

Si quienes figuran ante la ley como padres de sangre de un hijo, lo son en la realidad natural, ese hijo tendrá legalmente los padres que les corresponde por naturaleza. Es decir, estarán ligados en el estado de filiación legal los que de verdad son padres e hijo biológicos.

Si los que ante la ley figuran como padres de un hijo, no lo son en la realidad natural éste no tendrá los padres legales que le corresponda por naturaleza. Así, si quien consta como generado por una mujer y su marido, realmente es fruto de la unión de aquella con otro varón. En tal caso, como el marido es aparentemente el padre de sangre, él desempeñará legalmente la paternidad del hijo hasta que se constate, si es que llega a constatarse, la verdadera filiación. A partir de entonces, el nuevo padre asumirá la paternidad y quedará ligado legalmente por el vínculo de filiación con el hijo, en principio, *como si siempre hubiese sido él su padre.*

Si el hijo lo es de padres de sangre jurídicamente desconocidos, como la ley no puede atribuir entonces a nadie en concreto la posición de padres, no tiene ese hijo ninguna persona que desempeñe ya respecto de él el papel legal de padre de sangre (con toda la trama de derechos y deberes que ello crea entre hijo y padre); y, así, el hijo de padres desconocidos queda sin estado de filiación, entendiéndose esto en el sentido (que es el que le doy ahora en adelante), no de que no le corresponda tener unos padres, jurídicamente hablando, sino de que aparezcan quiénes sean éstos, nadie hace, a efectos legales, de padre para él, por lo que, por ejemplo, mientras que el hijo sea menor, hay que someterlo a tutela, ya que le falta la patria potestad, que es el poder protector bajo el que, en principio, se halla el hijo menor con padres. Si bien, cuando los padres resulten legalmente determinados (si llegan a resultarlos), se constata que les ha correspondido ser legalmente padres desde que el hijo existió.

Por último, la filiación biológica puede ser desplazada por la adopción, se saca a quien es adoptado de la familia y padre de sangre que tuviera y que le da la paternidad y familia del adoptante y simplemente le da estas sin sacarlo de ninguna otra, si es que era hijo de padres desconocidos. La adopción, pues, da una filiación jurídica independiente de la biológica.

b) La filiación jurídica que pertenece a todo hijo aunque no parezca

Lo dicho hasta ahora, significa, expresarlo con otras palabras más breves, que verdaderamente a toda persona le pertenece por ley un cierto

estado de filiación de sangre, el de hijo de sus progenitores. Pero cuando es adoptada, cambia de estado de filiación jurídica. Y cuando fuera de la adopción, sus padres no son realmente los que figuran como tales ante la ley, o cuando nadie figura legalmente como progenitor del hijo, la posición legal de padres resulta ocupada no por quienes deberían ocuparla, sino por quienes aparecen como progenitores, en el primer caso, y no resulta ocupada por nadie, en el segundo. Así que en el caso primero es estado de filiación en que efectivamente vive el sujeto, es que el de hijo de unos padres que no les corresponden por naturaleza; y en el caso segundo, no vive efectivamente es estado de filiación ninguno, aunque debería tenerlo. Lo que, sin embargo, no es diferente al caso en que cualquier derecho que sea de alguien, pero que conste como de persona distinta, lo disfrute ésta, y aquél se vea privado, hasta que demuestre que verdaderamente es suyo, de las ventajas que confiere.

Para significar es situación del hijo cuyos padres son “desconocidos legalmente”, se puede usar también la expresión de que “carece de un estado de filiación”. Lo que, sin duda, es cierto en el sentido de que actualmente nadie ocupa y ejerce respecto de él el puesto jurídico de padre (Albaladejo M., 2001, p.p. 199-201).

2.2.2. Lo biológico y lo jurídico

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado. Ésta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores. De allí que se diga que “la filiación humana está basada, pues, en

la aportación de material genético con el que se produce la fecundación” (Soto M., 1990, p. 72). Para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a Derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre.

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación (Vila-Coro B., 1995. p. 154), constituyendo ésta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

El problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Como vemos, se contraponen, hasta cierto punto.

Escapa del derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Sólo lo puede reconocer o impugnar, de allí que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de la misma.

Existen, asumiendo esta posición, dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba.

Estos dos presupuestos básicos relacionados a la filiación sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecunda y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho reproductor de efectos jurídicos, pero entre éstos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.

2.3. RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

2.3.1. Antecedentes

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

Al fin de resolver esta controversia, la legislación francesa propuso la fórmula según la cual “no producirá efectos el reconocimiento hecho por el padre cuando no sea confesado por la madre”. No obstante, se reconoció que

resultaría peligroso subordinar el reconocimiento del padre a la confesión de la madre. A fin de cuentas, ésta podría haber muerto, estar ausente o haber devenido incapaz, entre otras circunstancias que le impidan confesar su maternidad.

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

Ésta última que ha recogido nuestro Código en el artículo bajo comentario. El reconocimiento, entonces, puede ser practicado por cualquiera de los padres de manera distinta, estableciéndose que los efectos de este acto solo vinculan a la persona que le hubiere efectuado. Se trata de un acto eminentemente unilateral.

Este precepto admite de manera implícita, además de reconocimiento practicado por cada progenitor, la posibilidad de que se efectúe un reconocimiento practicado por ambos progenitores de manera conjunta. En este último supuesto no se destruye el carácter unilateral del reconocimiento,

habida cuenta que se trata de una manifestación concurrente de dos voluntades coincidentes.

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

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

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

El reconocimiento unilateral puede serlo en sentido estricto –porque reconoce uno solo de los padres- o unilateral doble –porque cada uno de ellos reconoce en acto separado e independiente-, de manera que los dos

reconocimientos sucesivos proporcionan al hijo dos vías de determinación de la filiación no matrimonial”.

Las consideraciones precedentes nos permiten extraer algunos principios de observancia insoslayable en la aplicación de la norma bajo análisis, conforme desarrollamos en el acápite siguiente.

2.3.2. Principios del Reconocimiento

Lo dispuesto por la norma bajo comentario encuentra sustento en los siguientes principios. Así el reconocimiento que efectúa un progenitor debe ser:

a) ***Unilateral.-*** En la medida en que se requiere para su perfeccionamiento solo una declaración de voluntad, ya sea la del padre o de la madre. Así lo dispone el artículo 388 del Código Civil, el cual establece que el reconocimiento puede ser practicado por el padre o la madre de manera indistinta.

En efecto, se trata de “un acto del padre o de la madre, ya que la filiación respecto de ésta no produce ningún efecto en relación a la filiación paterna. El parto no presume la identidad del autor de la concepción”. Ello obedece a que por tratarse de actos relativos al estado civil de las personas y a la familia, las normas que rigen esta materia son de orden público, inmodificables por las partes. En este sentido, el reconocimiento produce plena prueba respecto de los terceros y, por ende, surte efectos *erga omnes* y no solo frente al padre y la madre.

b) **Facultativo y voluntario.**- Por cuanto nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de otra persona. Asimismo, se trata de un acto voluntario, en la medida en que se encuentra prohibido que el padre que reconoce a un hijo mencione el nombre del otro o de cualquier dato que permita identificar a éste.

Esta característica encuentra sustento en que “el padre está en el deber moral y social de reconocer a su hijo, pero tal deber moral no implica un deber jurídico de derecho positivo”.

c) **Personal.**- En la medida de que nadie, ni siquiera el representante legal del menor o del incapaz, puede, por regla general, afirmar un lazo de filiación del cual no es autor. Este precepto obedece al carácter íntimo del acto procreador, así como al respeto por el principio de voluntariedad referido. En efecto, “la confesión no compete sino a su autor: no se confiesa por otro. El reconocimiento porque es una confesión, es individual”.

En este sentido, no debe perderse de vista que nos referimos a “un acto que por su misma naturaleza, solo puede verificarse por el padre o la madre a quienes concierne. Es una, manifestación por la que el hijo resulta admitido en familia, por su padre o por su madre; nadie tiene personalidad para sustituirlos, aunque se tratara de un ascendiente o del mismo padre o madre que habiéndolo reconocido y quisiera verificarlos por el otro para asegurarle una filiación completa al hijo. Los dos reconocimientos de ambos padres, que

pueden inclusive serlo de un mismo documento, no dejan por ello de ser completamente independientes”.

Éstos son los principios que sucintamente desarrollados deben servir de parámetros para delimitar los alcances de la norma bajo comentario. Los lineamientos anotados puede quedar resumidos en palabras de Planiol y Ripert, quienes sostienen “el reconocimiento de un hijo natural es un acto eminentemente personal: una confesión que solo puede emanar del padre, respecto de la filiación paterna, y de la madre, por lo que hace a la materna. Cualquier otra persona carece de facultades para hacerlo. Cada uno de los padres puede reconocer al hijo por sí mismo y no por el otro. Los dos padres pueden reconocer al hijo al mismo tiempo o separadamente. El reconocimiento hecho por uno de ellos le es personal y solo produce efectos en contra de él mismo, y no respecto al otro, aunque en el acta se haya indicado su nombre”.

2.3.3. Formalidades del reconocimiento

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

Tomando en cuenta la liberalidad y ampliación en las formas de realizar el reconocimiento en el Derecho comparado, en el Proyecto de reforma ampliado de filiación presentado a la subcomisión de familia encargada de

elaborar el anteproyecto de la ley de reforma del Código Civil peruano, se propuso como redacción para el artículo del caso siguiente Artículo 368.- El reconocimiento resulta: 1.- De la declaración en el registro de nacimientos, al momento de su inscripción o posteriormente. 2.- De la declaración en un documento público o privado debidamente reconocido. 3.- De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad.

Este numeral propuesto presentaba detalladamente los medios por los que se puede hacer constar el reconocimiento. A diferencia del artículo 390 del Código Civil, el propuesto se encargaba de detallar técnicamente las formas de establecer el reconocimiento, así la declaración hecha ante el registro de nacimiento, que si bien el Código Civil la contempla específicamente en el artículo 391, se consideró pertinente mantenerla (resumidamente) en un solo artículo, siguiendo el criterio del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, del Proyecto de la Comisión Revisora de 1981 y del Anteproyecto de la Comisión Revisora de 1980. por otro lado, se estableció como innovación que el reconocimiento pueda realizarse en documento público o privado, dejando de lado la excesiva y hasta onerosa formalidad de escritura pública pues, según ha quedado establecido, limita y restringe su ejercicio. Por último, se menciona que el reconocimiento pueda realizarse de acuerdo a las disposiciones de última voluntad, no limitándolo al caso exclusivo del testamento.

De acuerdo al artículo comentado las formas para realizar el reconocimiento puede ser de la siguiente forma:

a) *Inscripción en el registro de nacimiento*

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

b) *Escritura pública*

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

Legislaciones extranjeras se refieren a otro documento público como forma especial de realizar el reconocimiento. Entre estos casos tenemos el acta civil de celebración de matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación.

Es de tenerse en cuenta que los reconocimientos realizados por ante notario permiten los denominados reconocimientos secretos así como el reconocimiento por complacencia o también denominados reconocimientos

voluntariamente inexactos o mendaces, dentro de los cuales el caso más singular en que es utilizado es el de reconocer al hijo ajeno.

c) Testamento

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

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

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

operativo y práctico es que de darse un reconocimiento en testamento el notario debería comunicarlo al interesado a fin de que surta efectos. El problema se da con el testamento ológrafo o cerrado, ya que recién se conocerá de su contenido al fallecimiento del testador por lo que, en este caso, el reconocimiento surtirá efectos en dicho momento. El hecho de la comunicación o notificación del reconocimiento al hijo consta expresamente en la Ley de Notariado Española y en el Código Civil de Ecuador (artículo 264).

El hecho de que el testamento sea revocado no afecta la esencia del acto jurídico de reconocimiento realizado, así lo expresan de manera especial algunos Códigos Civiles como es el caso de Portugal (Artículo 1858), el Código Civil de México en materia federal (Artículo 366), el Código de Familia boliviano (Artículo 199) y el Código Civil de Guatemala (Artículo 212). Además, nótese la singularidad en éste último Código al agregar que si el testamento fuera declarado nulo por falta de requisitos testamentarios especiales esto no afecta el reconocimiento, siempre que los vicios no perturben jurídicamente el acto de paternidad (Artículo 213). En igual sentido conjunto que Guatemala, lo regula el Código de Familia de Panamá (Artículo 260).

Analizados los tipos y formas mediante los que se puede realizarse el reconocimiento no se podría considerar como reconocimientos válidamente efectuados los siguientes casos:

✓ **El reconocimiento no formal:**

Entendido como tal aquel realizado fuera de los tipos aceptados por la ley (en documentos privados o verbales).

✓ **El reconocimiento incidental:**

Es también llamado implícito y se caracteriza por la ausencia de intención directa para establecer la filiación (caso típico tenemos de aquel presunto progenitor que en documento, cuya finalidad es otra, declara que una persona es su hijo).

✓ **La expresión de reconocimiento:**

Que es aquella manifestación de voluntad, clara e inequívoca, mediante la cual se individualiza al reconocido, por ejemplo: autorización del hijo para que contraiga matrimonio, el otorgamiento de poder nombrándolo como hijo.

✓ **El reconocimiento a formal o reconocimiento tácito**

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

La única utilidad práctica de estos tipos de reconocimiento *sui generis* es que se pueden ser utilizados como medio de prueba en un proceso de estado filia: escrito indubitado, posesión de estado (medio para consolidar la *tractatus* que implica un reconocimiento tácito o de hecho).

Es por ello importante indicar que el Código no ha creído necesario aclarar si ha de tratarse de un reconocimiento expreso y directo o si basta el

implícito o sobreentendido, situación que ha sido resuelta jurisprudencialmente por esta última interpretación sobre todo tomando en cuenta el interés social en el acto de reconocimiento de la paternidad.

Bajo esta premisa es que el reconocimiento incidental formal, que se manifiesta en un testamento u otro documento público del cual se deduce la existencia del hijo pues o instituyó como heredero es válido. Si este acto jurídico familiar no se realiza a través de alguna de estas formas queda sometido a la probanza respectiva (*ad probationem*) no hay sanción de nulidad (Artículo 144). Este tipo de reconocimiento incidental o implícito es tratado de manera expresa por el Código Civil de Venezuela (artículo 218), por el Código Civil argentino (artículo 550, c).

De allí que, como acto jurídico familiar, con sus correspondientes características, debe distinguirse entre aquel reconocimiento constitutivo de emplazamiento (que otorga un título de estado: partida de nacimiento inscrita en el Registro en el estado civil) de aquel presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento (que solo es un medio de prueba que permite requerir al funcionario del Registro en el estado civil o, judicialmente en su caso, la constitución de un título de estado: escritura pública y testamento).

Para el caso del reconocimiento del hijo concebido las únicas formas utilizadas pueden ser la escritura pública o el testamento, dado que al no haberse producido el nacimiento resultaría imposible inscribirlo en el Registro del estado civil y expedírsele un acta de nacimiento. Sobre el tema la Ley N°

26649(26/6/1996) referida a la asistencia médica de los hijos de los asegurados obligatorios y facultativos del régimen de prestaciones de salud del seguro social indica que tienen derecho a las prestaciones sociales “los hijos asegurados obligatorios o facultativos, menores de 18 años de edad, que no sean asegurados. El alcance de esta norma cubre la atención desde la etapa de la concepción. El hijo concebido extramatrimonial debe ser reconocido por el asegurado mediante la formalidad establecida por ley, o en su defecto, declarada judicialmente la paternidad. La atención de los concebidos se materializa en la gestante no asegurada, la que solo tendrá derecho a las prestaciones asistenciales por maternidad, entre ellas el control del embarazo o parto” (artículo 17, d).

2.4. RESPONSABILIDAD CIVIL

2.4.1. Etimología

Etimológicamente la palabra responsabilidad se remonta al latín tardío responderé. El término antiguo responderé es el movimiento inverso de spondere, cuya raíz lleva en sí la idea de rito, solemnidad y, con ello, el de la formación de un determinado equilibrio, de un determinado orden, con carácter de solemnidad, así responderé presupone la ruptura del equilibrio, de tal orden, y expresa con ello la idea de la respuesta reparadora de la ruptura. En efecto como consecuencia de la ruptura de este orden surge el juicio de responsabilidad, mediante el cual el costo de un daño se transfiere del sujeto, que históricamente lo ha sufrido, a otro sujeto, a través de la imputación al segundo de una obligación, la cual tiene como contenido el resarcimiento del daño (Espinoza J., 2006, p. 45).

2.4.2. Concepto

La disciplina de 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.

En este contexto, debemos señalar que cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, entonces nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.

El arduo debate doctrinario sobre la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuyo mayor argumento a favor constituye el de contribuir a la solución de conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños, escape a las propósitos del presente trabajo, no obstante a lo cual queremos manifestar nuestra adhesión a la posición que plantea que si bien existen elementos comunes, como a continuación se indicarán,

igualmente concurren diferencias que justifican su distinción, como es el caso de su origen, pues mientras la responsabilidad civil extracontractual surge del incumplimiento de un deber jurídico genérico, la responsabilidad civil contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado relación jurídica obligatoria. El Código Civil de 1984 adopta esta posición, al haber regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil, aunque desde luego esto no debe ser una atadura a las intenciones de su cuestionamiento, como lo evidencia la doctrina moderna que desde hace mucho tiempo es unánime en que la responsabilidad civil es única, y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

El primer párrafo del artículo 1321 del Código Civil establece que “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve” y la primera parte del artículo 1969 del Código Civil precisa que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. Sin mucho esfuerzo, se puede colegir que, sea por incumplimiento de la obligaciones, sea por lesionar un derecho o un legítimo interés y, por ello, se ocasionan daños, la sanción que impone el Código Civil al “responsable” es la de indemnizar. Por consiguiente **se puede definir a la responsabilidad civil como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídica) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado.** De ello se deriva la consecuencia que “no es admisible hablar de términos de diversos géneros de

responsabilidad, en cambio solo es posible referirse a varios criterios en razón de los cuales se es responsable”.

2.4.3. Elementos

2.4.3.1. La imputabilidad o capacidad de imputación

Para la responsabilidad civil, la imputabilidad o “capacidad de imputación”, es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, lo cual para el ordenamiento jurídico nacional se da cuando el sujeto tenga discernimiento (arts. 458 y 1975 del código civil). El término imputabilidad ha entrado en el lenguaje como un sinónimo de referibilidad, de vinculación. Se afirma, con razón, que al negar la responsabilidad del incapaz (de querer y entender para el sistema italiano, privado de discernimiento para el nuestro) se está entendiendo a la capacidad como una condición de la responsabilidad, pero no de culpa. Por lo tanto habrá responsabilidad sin culpa; pero no responsabilidad sin capacidad de imputación. E el caso de la responsabilidad sin culpa (objetiva) estará los representantes legales de aquel que, careciendo de capacidad de imputación, causó el daño.

La imputabilidad no solo es referible a la persona natural, también lo será respecto a la persona jurídica y a las organizaciones de personas no inscritas. Ambas responderían objetivamente por los actos de los titulares de sus órganos, de sus representantes o dependientes.

2.4.3.2. La ilicitud o Antijuricidad

La doctrina argentina distingue la antijuricidad formal de la material. La primera se identifica con la ilegalidad y la segunda con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de “los principios que sostiene el orden público: político, social y económico, las buenas costumbres, etc.”. Para un sector de la doctrina italiana, ilicitud y antijuricidad expresan “la misma noción de contrariedad a la norma”. Nótese que el concepto de ilicitud (o antijuricidad) se aplica tanto en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones, como en la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Para otro sector, el concepto de ilicitud equivale al de “violación de un mandato o de una prohibición”, agregando que la ilicitud es “predicable solo del acto humano, realizado en violación de una regla de conducta”. Sin embargo, se objeta que esta definición es “exacta; pero pobre de contenido”, “quedando abierto el problema de determinar cada una de las reglas de conducta”. Por otro lado, se observa que “el significado normativo de ilicitud o de (hecho) ilícito no puede ser otra cosa que un concepto de síntesis para indicar una cualidad requerida por la ley para todos los hechos productivos de un daño resarcible”

Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, una conducta antijurídica, es cuando ésta contraviene una norma prohibitiva, y cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.

La posición descrita ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos y atípicas en cuanto, a pesar de no estar reguladas, en esquemas legales, la realización de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico. Empero, es menester precisar que este concepto de la antijuricidad, en el sentido amplio, no se acepta sino el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta de la concurrencia de los siguientes supuestos: a) Incumplimiento total de una obligación, b) Cumplimiento parcial, c) Cumplimiento defectuoso, o d) Cumplimiento tardío o moroso. Por ello, se sostiene acertadamente que en el ámbito de la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente.

La antijuricidad-típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321 del Código Civil, mientras que la antijuricidad-atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y materia (no formal), fluye de los artículos 1969 y 1970 del acotado código, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionare causar; entendiéndose que cualquier conducta, con tal que cause un daño siempre que sea antijurídica, dará lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

2.4.3.3. Factor de atribución

Este elemento contesta a la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, vale decir, constituye “el fundamento del deber de indemnizar”. Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera –si se quiere ser redundante- objetivamente o –si se quiere optar por una definición residual- prescindiendo del criterio de la culpa). También forman parte de los factores de atribución el abuso del derecho y la equidad. La doctrina trata a estos dos últimos como subtipos de factores de atribución objetivos (porque no se basan en la culpa); pero se considera de manera independiente, dadas sus particulares notas características.

Los Factores de atribución son aquellos que finalmente determinan la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad.

El factor de atribución depende del tipo de responsabilidad, es decir, sea esta de naturaleza contractual o de naturaleza extracontractual.

La responsabilidad contractual comprende la culpa como factor de atribución, el cual a su vez se clasifica en tres grados: a) la culpa leve; b) la culpa grave o inexcusable; y, c) el dolo.

La responsabilidad extracontractual comprende la culpa y el riesgo creado como factores de atribución, los cuales a su vez se clasifican: a) el dolo; b) la culpa; y, c) el riesgo creado.

2.4.3.4. Nexos causal o relación de causalidad

Para un sector de la doctrina argentina, “cuando hablamos de un hecho aludimos a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos actuantes. Sin embargo, cada hecho no es sino un eslabón en una cadena causal en la que se suceden inexorablemente hechos que son antecedentes de aquél y hechos que son su consecuencia”. Con razón, se afirma que la relación de causalidad “no puede agotarse en una relación de tipo naturista entre causa y consecuencias, sino se debe conducir y resolver, en los términos de un juicio idóneo a expresar la carga de los valores ínsita en la afirmación de responsabilidad”. Debe tenerse en cuenta que, tanto el artículo 1969 del código civil como el 1970, se refieren a quien causa un daño, ello quiere decir que tanto en la responsabilidad subjetiva como en la objetiva está presente este elemento.

La Relación de Causalidad constituye un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.

La diferencia de regulación legal en nuestro Código Civil radica que

en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo artículo 1985 la teoría de la causa adecuada, mientras que en el contractual en el mismo artículo 1321 la teoría de la causa inmediata y directa. Sin embargo, para efectos prácticos, las dos teorías, nos llevan al mismo resultado.

La relación de causalidad también desprende dos figuras concurrentes en ambas clases de responsabilidad civil: 1) la concausa, que se presenta cuando el daño es el resultado del actuar conjunto del imputado y de la víctima, pero que origina la exención de resarcir cuando prevalece la participación de éste último, y, b) la fractura causal, que se presenta cuando concurre una conducta productora del daño que fractura el eventual nexo de causalidad de la otra conducta del imputado. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

2.4.3.5. El daño

El daño es el menoscabo, deterioro, lesión; dañar es maltratar, estropear, perjudicar, lesionar. La voz proviene etimológicamente del latín *damnum*, daño, pérdida, multa, y del indoeuropeo *dap-no*, pérdida, gasto. En términos generales el daño es la lesión o menoscabo que experimenta una persona en bienes, cuerpo o alma, quien quiera que sea su causante y cual sea la causa, incluso inferida por el propio lesionado o acontecida sin intervención del hombre.

En efecto, el menoscabo, el deterioro, la pérdida o destrucción, la

privación o avería, el estropicio o impedimento, el malogro o la lesión son algunas de las acepciones del vocablo daño que Fischer H. (1982) explica de la siguiente manera: "En términos vulgares, llámese daño a todo detrimento o lesión que una persona experimente en el alma, cuerpo o bienes, quien quiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre." (p. 14)

El maestro Taboada L. (2001), señala que, en sentido amplio, "se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión". (p. 29).

El jurista Fueyo F. (1958) señala que "Desde estas acepciones se parte para identificar el concepto jurídico que inicia su concreción eliminando notas inadecuadas para este ámbito, como son los hechos meramente naturales y luego los que se causa la persona a sí misma". En efecto, lo importante está en que la noción jurídica abarca todas las afecciones que pueda sufrir el sujeto de derecho en su persona y en sus bienes, y la circunstancia que el derecho entiende a ese daño por ser la base de las penas y de las indemnizaciones, pero sólo en la medida en que la lesión es consecuencia de la conducta ajena (p. 285).

El daño en la actualidad constituye el elemento fundamental, aunque

no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Tan importante es este aspecto del daño producido, que hay quienes han preferido denominar la responsabilidad civil como "Derecho de Daños". como un sector autónomo del ordenamiento jurídico. Derecho de daños, es la traducción literal de la expresión anglosajona Law of Torts el cual engloba en sí, el tratamiento general de la jurisprudencia sobre los distintos supuestos de responsabilidad extracontractual, y que consiste en el estudio de un subsector del Derecho Privado Patrimonial, en el que el nacimiento de las obligaciones se producen a consecuencia de la realización de una serie de actuaciones y omisiones de carácter negligente, que conlleva a la necesidad de reparación a favor del perjudicado.

No debe olvidarse que el hombre es un ser social, que se vincula en su vida de relación social con otros hombres para la satisfacción de sus múltiples necesidades de carácter también social, y que en cuanto dichas necesidades o intereses son protegidos por el ordenamiento jurídico se elevan a la categoría jurídica de derechos subjetivos. Una concepción meramente formal de los derechos subjetivos, no nos permite comprender el problema de los derechos en su esencia social, y tampoco nos permitirá entender que la responsabilidad civil, antes que todo, es un sistema de solución de conflictos sociales, de conflictos o problemas entre individuos que se desenvuelven en un determinado ambiente social, en un momento histórico y político determinado.

Una vez delimitado en términos amplios el concepto del daño y habiendo hecho énfasis en el aspecto social de los derechos subjetivos, podemos concluir señalando que el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal.

2.4.3.5.1. Teorías respecto al resarcimiento del daño moral

a) Debate en la doctrina

Es conveniente citar, en este párrafo, a la Dra. Olórtegui (2005), en su tesis magisterial para optar el grado de magister por la UNMSM, comenta al respecto que la doctrina se bifurca entre quienes se inclinan por la admisión o por la prohibición de la reparación del daño causado en el seno familiar.

En una primera instancia, se consideraba al derecho de daños como un área ajena al derecho de familia. El fundamento se apoyaba en la protección de la estructura familiar, la cual podía resultar vulnerada ante la exteriorización de daños producidos entre sus integrantes en el mundo íntimo. Entre sus defensores se destacan Borda y Lambias. En cambio, los partidarios de admitir la responsabilidad civil en las relaciones de familia tienen en consideración las características de la familia actual, dentro de la cual sus miembros se relacionan en un plano de libertad e igualdad y, bajo el respeto de dos valores fundamentales, el amor y la humanidad. En consecuencia, no es válido impedir la reparación del daño injusto causado a cualquiera de sus miembros, con fundamento en la protección de la integridad familiar. Entre los juristas defensores de esta postura, se encuentran Zannoni, Méndez Costa,

Belluscio, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, Alterini, López Cabana, Brebbia, Barbero.

Asimismo, concluye la jurista, por admitir la reparación del daño en el Derecho de Familia con el fin de resguardar y respetar los derechos de cada miembro de la familia. Sin embargo, la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil debe guardar armonía con el ordenamiento jurídico familiar. Así, será posible arribar a soluciones respetuosas del interés individual de la persona afectada y, al mismo tiempo, del interés familiar. Resulta difícil pensar que el dinero pueda servir para el restablecimiento de bienes personalísimos. Existiendo dos teorías en este punto: la teoría del solatium y la teoría de la superación (p.67:71), las cuales pasamos a comentar:

b) Teoría del solárium

Comenta la Dra. Olórtegui (2005), Para esta teoría de origen alemán, una indemnización patrimonial por daños morales hace posible la satisfacción de intereses y aspiraciones personales. Se compensa entonces el daño moral producido porque, pues si bien se ha producido una pérdida irreparable, se coloca a la víctima en una situación patrimonial mejorada que posibilita mayores satisfacciones que, de alguna manera, compensen las sensaciones desagradables sufridas. La indemnización por daño moral se realiza de acuerdo con los daños que se deben compensar. Se toma en cuenta el alcance de los daños, así como su intensidad, la duración de los dolores, los sufrimientos y los perjuicios. Es esta la tesis que se sigue en Francia, Italia y España. Las principales dificultades de esta teoría se presentan en aquellos

casos de daños morales especialmente difíciles de ponderar. Nos referimos a los perjuicios muy grave, en los que claramente es imposible compensar el dolor inmenso y devolver la alegría o paz producto de una pérdida insustituible.

Se critica esta tesis debido a que se engrosa el patrimonio y esta situación es especialmente sensible si las condiciones de la víctima son muy precarias, la suma de dinero puede llegar a una compensación excesiva, un verdadero enriquecimiento sin causa (p.71).

c) Teoría de la superación

Asimismo, comenta la Dra. Olórtégui (2005), esta teoría de raíz alemán, asumida por la jurisprudencia del citado país y de amplio influjo en la legislación de Austria, supone una activa participación en la compensación de la víctima del daño. Es esa quien debe superar el daño moral sufrido. La compensación en dinero es una indemnización que solo ayuda a superar el daño moral irrogado, no es el pago por una reacción subjetiva a un sentimiento desagradable. De acuerdo a la legislación de Austria sobre indemnización por daños, esta es siempre compensatoria, incluso para casos extrapatrimoniales o morales. Los daños por dolor o menoscabo al momento de ser indemnizados cumplen con la función de compensación ya que, en el otorgamiento de la indemnización, la intención es cubrir toda el área de dolor y sufrimiento, al menos tanto sea posible. Se pretende alejar del raciocinio de sentenciador el sentimiento de culpa de la víctima y colocar, por ello, a la misma en una situación de amenidad o satisfacción que le procure un estado semejante al anterior hecho dañoso y que signifique recuperar la alegría de vivir. Se analiza

respecto a esta teoría que resulta imposible abstraerse de la gran dificultad que reviste mensurar el sufrimiento físico y psicológico del que sufre un daño, por lo que la compensación debe enfocarse en relación a una situación emocional normal. Se analiza su concreta situación personal, pero tratando de asimilarse a la de un hombre medio en semejante situación.

Es nuestro criterio que el basamento de estas teorías surge de la real necesidad de proteger a la persona al máximo. En este sentido, para su justificación se admite el interés no en la reparación, la cual en algunos casos es imposible, sino en la idea de la compensación. La indemnización de los daños morales no se entiende como una verdadera reparación puesto que no es posible ni su reparación específica ni genérica, pero se entiende que antes de dejar sin nada al lesionado, es preferible concederle un sustitutivo, una suma dineraria, de lo que se colige la aceptación prácticamente de forma unánime de la indemnización con relación a este tipo de daño como una compensación. El pago de una indemnización pecuniaria, según algunos autores, ofrece el carácter de un enriquecimiento gratuito en el patrimonio de la víctima, aunque el dinero pudiera procurar una satisfacción sustitutoria. Cuando se trate de un daño moral, los tribunales tanto al objeto de admitir o rehusar su existencia, como de valorar su cuantía, gozan de un poder de apreciación más amplio que si se trata de un daño material. Este tiene aplicación natural allí donde se lesiona uno de los derechos denominados primordiales: Derecho al nombre, a la propia imagen, al honor y a la intimidad. Las referidas son algunas de las consideraciones emitidas en la doctrina sobre las teorías expresadas. Como hemos visto existe diferentes posiciones en la doctrina civilista, en

relación a la procedencia pecuniaria en el daño moral. Consideramos oportuno apuntar resumidamente sus fundamentos.

Y por motivos de claridad nos parece apropiado realizar un cuadro comparativo de los motivos dados por quienes admiten la posibilidad de otorgar indemnización por daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento de hijo y quienes no lo hacen, señalando que los últimos argumentos de los partidarios de la tesis han sido desarrollados por el Juez de la Corte Suprema de Buenos Aires doctor Petiggiani, en posición hasta ahora minoritaria. (p. 72:75).

- **Tesis Negativa**

Respecto a este acápite señala la Dra. Olortegui (2005), las principales características de esta tesis: El reconocimiento es un acto voluntario, no obligatorio, y su no ejercicio no puede generar obligación de reparar.

El no reconocimiento no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo al progenitor sobre su actitud, puede llegar a establecerse un vínculo perdurable con respecto a su hijo, que el Derecho debe alentar y de ningún modo clausurar, teniendo en cuenta el interés familiar como el del propio menor.

La falta de reconocimiento ya tiene en la pérdida del derecho del usufructo de los bienes del hijo y en la indignidad

La aplicación de las normas de la responsabilidad civil podría dar origen a una catarata de juicios

Existe específica regulación del Derecho de familia.

Sus sostenedores entienden que las personas sin discernimiento carecen de legitimación para reclamar el daño moral porque sostienen que no pueden sentir dolor ni aflicción y, por lo tanto, consideran que no se debe reparar el dolor de quien no puede sentirlo. (p. 75)

- **Tesis Positiva**

Finalmente comenta la Dra. Olortegui (2005), las principales características de esta tesis:

El reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado arbitrariamente.

El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación, y para tenerla debe ser reconocido.

No existe interés del niño a ser dañado ni existe familia alguna entre el no reconociente, la madre y el hijo no reconocido

La indemnización tiene una función reparadora que no se logra con la pérdida del derecho al usufructo de los bienes de los hijos menores

(generalmente inexistentes) ni con la indignidad, que no procede de oficio, requiere petición de parte y puede ser purgada por el transcurso de tres años.

La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales del Derecho. Los precedentes son pocos. Sus partidarios parten de poner de relevancia que el incapaz es titular de derechos o intereses extrapatrimoniales y que la violación de ese interés debe ser reparada. (p. 76:77)

2.5. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.5.1. Generalidades

El principio del interés superior del niño ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más relevantes en la protección y promoción de las personas menores de edad. La constante apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva tanto en la particular situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, como en la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad, así como en la necesidad de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano.

El principio del interés superior del niño pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección. Este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad. Pero esta cláusula

general, lejos de configurarse como un concepto pacífico, es objeto de múltiples y diversas controversias que tienen una influencia negativa en su eficacia práctica.

Así, tal y como afirma Rivero (2000), cuando tratamos de determinar cómo y quién decide cuál es y cómo se concreta ese interés nos enfrentamos a una primera divergencia. Las personas que abordan y deciden esa cuestión, por regla general representantes legales y jueces, no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos. (p.312).

2.5.2. Concepto

El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la

situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.

En el orden doctrinal, diversas son las opiniones acerca de qué es o cómo se entiende el interés del menor, como variadas son también las perspectivas psicosociales y jurídicas desde las que ha sido contemplado.

Roca Trias (1994), tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal española y autonómica en materia de protección de menores, llega a la conclusión de que dicha normativa gira entorno de este concepto jurídico indeterminado; que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales. El elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad. Por último, Roca Trias partiendo de la base de que la personalidad jurídica trae causa del concepto de persona, afirma que el interés superior del menor es una proyección, en las personas menores de edad, de un tema más complejo como es el de la personalidad. (p.185).

De acuerdo con este primer punto de vista, el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad.

Bajo un prisma más internacionalista, Borrás (1994) sostiene que partir del interés superior del menor conlleva englobar dentro de esta categoría general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente. (p.235)

Otros autores, como Joyal (1991) definen el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley. (p.120).

Una definición un tanto parcial y limitada Sánchez (1999) es la que entiende que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia de la autoridad judicial a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que el Juez tiene y adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le van facilitando. En consecuencia, el interés superior del niño es una noción abstracta, que lleva al juez a la toma de decisiones, con base en todas las pruebas que se le ofrecen en el proceso. (p. 49).

Dolz-Lago (1996), por su parte, sostiene que en este contexto surgen las mismas dificultades que emergen cuando pretendemos concretar en qué consiste el interés público o el interés social. Esto nos lleva a entender que el interés superior del menor se concreta en todo aquello que beneficia a su titular y no, en cambio, en lo que le perjudica o pudiera perjudicarlo.

En palabras de Cillero Bruñol (1998), el interés superior del niño “[...] es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso se identifican”. (p.8).

En su definición sobre el principio de interés superior del niño, Alex Plácido (2006) ha señalado los ámbitos de aplicación, tomando como referencia los alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. De acuerdo con el autor se trata de un instrumento jurídico: “[...] que tiende a asegurar el bienestar del niño en todos los aspectos de la vida. Para ello y como regla general, funda una obligación de las instancias públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en que una decisión debe de ser tomada con respecto a un niño [...]. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entren en convergencia”. (p.145).

El mismo autor reitera, a partir de la aplicación de este principio en una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, que el principio de interés superior del niño constituye “un parámetro o criterio de valoración de un

derecho, relación jurídica o situación concreta o en la solución de un conflicto de derechos”.

2.5.3. La Convención Internacional sobre los derechos del niño: expresión de un consenso universal

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.

Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la

obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos (Peces-Barba, 1987), avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos, y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.

Al margen del argumento político sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Parte de las reglas de la

Convención independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares.

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

El estudio que dirigió Alston (1994) recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores

culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos. (p. 367) .

Igualmente en la literatura especializada e incluso en autores que son adscriptos a la vertiente "comunitarista" -crítica del "universalismo"-, se abre paso la idea de un "minimalismo" que es el resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta.

También en un interesante estudio sobre modernidad e identidad latinoamericana se sostiene que tras las formas absolutas de relativismo subyace la negación de una naturaleza compartida entre participantes de culturas supuestamente inconmensurables (Larraín, 1996) que puede llevar hacia concepciones irracionales del hombre o favorecer nuevas formas de racismo o de dominación.

En este sentido, si -como se desarrollará más adelante- la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del "interés

superior", entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

2.5.4. El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres. Igual trayectoria se observa en el derecho francés.

Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal -para un mayor bienestar de los niños- pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio. En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.

En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo (Cillero, 1994, p. 89).

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y Africa, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con

especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia (García, 1997, p. 441). Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del

niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

2.5.5. El interés superior del niño como “principio garantista”

La Convención contiene "principios"-que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"- entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios, como señala Dworkin (1989) son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente

para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

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 la que se atenderá será el interés superior del niño".

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida

respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última como comenta Ferrajoli (1995) "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos" (p. 309). Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

2.5.6. Satisfacción de sus derechos

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior". Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar

positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa "realizaba" el interés superior del niño, lo "constituía" como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los

derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el "interés superior" tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente. El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva

del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente -aunque no por ello respetado- considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés

superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base biopsicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan. Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

2.6. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DEL MENOR Y SUS IMPLICANCIAS

2.6.1. Fundamentos por la falta de reconocimiento voluntario del menor

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

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

Tal, es así, que comenta Brebbia (1990), las características de la responsabilidad civil en el derecho de familia son las siguientes:

1.- La responsabilidad civil de orden familiar se ubica dentro del dominio de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en razón de que proviene de la violación de un deber legal y no del incumplimiento de un contrato.

2.- En el derecho de la responsabilidad civil familiar predomina en forma absoluta el principio de la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil, quedando excluida la responsabilidad por riesgo. Esta preeminencia del factor subjetivo se explica en razón de que dentro del derecho de familia la norma exige una reprochabilidad real y no inferida, en la conducta del agente del daño, para determinar su responsabilidad civil y penal.

3.- La vulneración de los derechos y deberes de orden familiar es susceptible de originar daños patrimoniales y morales, según la naturaleza del derecho avasallado. Las relaciones familiares personales, según ya se ha visto, son de un rango superior a las patrimoniales, pues en aquéllas se encuentra en

juego de manera directa el interés familiar y social, que predomina sobre el interés individual. (p.356).

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

Asimismo, el fundamento lo encontramos en el principio constitucional *alterum non laedere*, esta regla general se complementa, en el supuesto sujeto a análisis, con la vigencia en el plano constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño cuyo principio rector es el interés superior del niño.

2.6.2. Derecho de identidad del menor

La persona es un sujeto individual, único una realidad sicosomática con una finalidad trascendental, con características propias e inherentes y es esa distinción respecto a las demás personas, junto con la filiación, la que constituye un derecho a la identidad.

Para Chacón (2008) aclara que la determinación de existencia o no existencia de una relación biológica entre dos personas, siendo unas 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 (p. 18).

Sobre el concepto de identidad, la autora Herrera (2008), citando a Sessarego, afirma que se trata de "el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad (...) es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro'. La identidad se trata entonces de todas esas particularidades, rasgos y características que conforman a cada ser humano y permiten diferenciarlo del resto, haciéndolo capaz de distinguirlo e individualizarlo de toda la comunidad que le rodea. Comenta además que cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo. Así, por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna". (p. 707:708).

El derecho a conocer el origen se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de identidad, pues el primero representa un medio fundamental y necesario para poder determinar y ejercer el segundo. Debe precisarse que el derecho a conocer el origen contiene 2 facetas distintas, siendo que la primera se refiere al derecho que tiene el individuo de conocer su propia condición jurídica es decir, saber si es un hijo producto de fertilización in vitro o bien si es un hijo adoptado, mientras que la segunda es el derecho a conocer la identidad de los progenitores. (Kelmelmajer, 2010, p.86).

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

Asimismo, es pertinente acotar que ya se ha pronunciado la legislación internacional respecto a este tema, los cuales pasamos a describir.

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sostiene en su Preámbulo que las potestades de cada uno están condicionadas por las de los demás, lo que ratifica la posición de nuestra legislación en el sentido de que si el hijo tiene derecho a solicitar su reconocimiento, el padre, si no cumple con ese “deber”, incurre en ilicitud.

b) La declaración Universal de la ONU dispone en su art. 6º que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, criterio ratificado por el art. 3º del Pacto de San José de Costa Rica de similar tenor a lo normado por el art. 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

c) El dispositivo citado del Pacto de San José de Costa Rica pone énfasis en recalcar que los sujetos de derecho son las personas. Los atributos

que generalmente se le reconocen a éstas son el nombre, el estado civil, la nacionalidad, etc.

Justamente el art. 18 del mencionado instrumento interamericano consagra el derecho al nombre, que faculta al hijo a utilizar el apellido de sus padres. Es este un típico derecho a la identidad, ya que da la posibilidad de tener un nombre propio que diferencie a una persona de las demás.

En ese orden de ideas el art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica y en forma similar la Convención Americana sobre Derechos Humanos- dicen que todo niño en su condición de menor tiene derecho a las medidas de protección por parte de la familia y el Estado. Con similar sentido la “Declaración de los Derechos del Niño” se refiere a la “obligación” de los padres de cuidar y respetar a los niños.

A su vez la Convención de los Derechos del Niño les impone a los padres una serie de “deberes” (arts. 3, 5 y 18) y le confiere a los hijos el “derecho” de conocer a sus progenitores (art. 7º) y a tener su identidad (art. 8) El art. 32 del aludido Pacto de San José de Costa Rica y la Convención Americana sobre Derechos Humano afirma que si el padre no cumple con los derechos de su hijo, incumple sus deberes.

2.6.3. Presupuesto de la responsabilidad civil en la falta de reconocimiento del menor

A) Factor de atribución

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

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

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

En el caso del no reconocimiento de hijo extramatrimonial, la conducta lesiva consiste en la negación de reconocimiento voluntario, es decir, se trata

de una conducta antijurídica realizada por omisión, la cual obliga al padre a indemnizar por los daños que ha producido a su hijo al no reconocerlo.

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

Sin embargo, debe mencionarse que no basta con que el padre no reconozca al hijo para que se genere la responsabilidad o deber de indemnizar, sino que necesariamente deben cumplirse con todos los presupuestos de la responsabilidad civil, por lo que la conducta debe ser dolosa o culposa, sin mediar causa alguna eximente, dicha conducta debe producir un daño y debe haber un nexo causal entre la conducta del padre no reconociente y el daño producido al hijo extramatrimonial. (Medina, 2008, p.151).

B) Daño

En el plano jurídico, el daño consiste en la lesión que se produce al bien jurídico tutelado. En el caso de no reconocimiento de hijo extramatrimonial, el bien jurídico que se infringe es el derecho al origen y a la

identidad, es decir, el derecho a saber cuál es mi realidad biológica, quiénes son mis padres y por ende el derecho a tener una filiación.

Sobre lo anterior menciona el autor Eduardo Sambrizzi (2001), por último, es importante asimismo destacar con relación a los daños sufridos, que deben resarcirse tanto el daño moral como los daños materiales causados, aunque en razón de los bienes jurídicos lesionados, el perjuicio que en estos casos por lo general prevalece y que con mayor frecuencia se requiere que sea reparado, es el correspondiente al daño moral, por cuanto el acto ilícito con fundamento en el cual se acciona, suele lesionar los más íntimos sentimientos de la persona dañada. Aunque insistimos, ello no implica que no deban también repararse los daños patrimoniales ocurridos y debidamente probados".

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

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

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

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

La jurisprudencia argentina se ha expresado de manera reiterada sobre la pérdida de oportunidades, estableciendo que el daño se infiere "in re ipsa" (por presunciones humanas), sin ser necesario probar que el hijo no reconocido haya sufrido alguna necesidad, presumiendo que si el padre omisivo lo hubiera reconocido, hubiera gozado de mayores oportunidades en todos los aspectos. (Torrealba, 2011, p. 761).

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

configura el daño material, pues aunque el padre reconozca a su hijo, no posee la capacidad de asistir a su hijo, económicamente hablando.

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

Comenta Zannoni, citado por SAMBRIZZI, (2001), quien comparte esta última posición, que el hijo no podría pretender la reparación del desamor, de la carencia afectiva o la falta de apoyo espiritual por parte del padre no reconociente. Ésos estados del espíritu, señala, no trascienden en categorías jurídicas mientras no se traduzcan en el incumplimiento de deberes que establece la ley, tales como incumplimiento de los deberes de diligencia familiar, en los malos tratamientos, el abandono, el hecho de poner en peligro la salud física o psíquica del hijo, o su moralidad, etc. (p. 193).

C) Relación de causalidad

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

2.7. NORMAS APLICABLES

2.7.1. Constitución Política del Perú

Artículo 1

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Esta fórmula simple sintetiza una vasta riqueza conceptual, teniendo una política, económica, legal y moral; inclusive sobre el Estado y la propia sociedad. Todos, sin ningún tipo de excepción, tienen la obligación de respetarla y protegerla.

Identificamos en este artículo un Principio General del Derecho que permite una interpretación sistemática de la normatividad constitucional, así como también, la aplicación de métodos de integración para dar soluciones de índole hermenéutica en ausencia o deficiente normativas.

Inciso 1 del artículo 2

Toda persona tiene derecho [...] a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...].

En primer lugar se debe reivindicar para todo ser humano el derecho a la vida como derecho primario, en respeto a la propia esencia del hombre, su dignidad, y en defensa de su libertad y otros derechos conexos, que no podrían subsistir sin el respeto a la vida.

La distinción que se sugiere a veces en algunos documentos internacionales entre ser humano y persona humana, para reconocer luego el derecho a la vida y a la integridad física solo a la persona ya nacida, representa una distinción artificial sin fundamento científico ni filosófico pues todo ser humano, desde su concepción y hasta su muerte, posee el derecho inviolable a la vida y merece todo el respeto debido a que debe ser considerado como persona humana.

Inciso 2 del artículo 2

Toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la Ley.

El Perú es un claro ejemplo de la tolerancia que debe predominar entre ciudadanos, puesto que es una nación pluricultural, con muchas culturas, razas, idiomas y dialectos, que respeta la libertad de Religión, siempre claro que no atente contra los derechos de los otros, pero en definitiva la tolerancia se establece cuando todos nos respetemos recíprocamente sin tratar en forma

despectiva a los demás, o sin sentirse superior a otros; por lo mismo ante la LEY, y esto se constituye con las normas, y derechos, todos somos iguales, hombres mujeres, lesbianas, homosexuales, católicos y judíos, así como los letrados y los no.

Artículo 4

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre [...] en situación de abandono”.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley. La protección del niño, el adolescente, la madre y el anciano en situación de abandono es una norma clásica de protección de individuos por la sociedad. Es uno de los pocos derechos de contenido social que se mantienen en la actual Constitución, de los varios que existían en las anteriores. La norma establece que la protección se da especialmente a estas personas en estado de abandono. Debe tenerse presente que el adverbio especialmente indica que la protección no se da exclusivamente cuando se verifica una situación objetiva de abandono. El amparo es permanente La protección al niño debe contener, cuanto menos, los siguientes elementos:- Lo necesario para su subsistencia material que incluye alimentación, vestido, y techo.- Lo necesario para su educación, inclusive la preescolar, así como el entorno necesario para su mejor desarrollo inicial.- La protección emocional que, en primer lugar, debe y sólo puede darle su propia familia. Pero es el cuidado del equilibrio psicológico del niño el que debe ser considerado como elemento central de su protección. La protección del adolescente incluye su

subsistencia, educación y desarrollo emocional en planos distintos a los del niño; pero además, su educación y seguridad moral -con particular incidencia en la lucha contra el consumo de drogas- y sus perspectivas laborales. Debe tenerse en cuenta, además, los distintos elementos y lineamientos de políticas de atención y protección considerados en la Convención del Niño. Este instrumento internacional comprende a los niños y a los adolescentes hasta los 18 años.

Artículo 6

“Es política del Estado difundir y promover la paternidad y la maternidad responsables”.

La paternidad es un derecho, que implica un deber o responsabilidad. Es un derecho, porque entraña la libertad que posee la pareja de elegir el número de hijos que desea procrear.

Es un deber, porque ambos esposos deben cumplir determinados preceptos legales, sociales y humanos que benefician a los hijos y, porque, están obligados a respetar los derechos de estos.

La vida familiar es un espacio de convivencia de derechos y deberes que el estado y la sociedad reconocen, materializan con la constitución y las leyes, a fin de que se cumpla y se ejerzan buscando mantener la unidad y la integración de la familiar.

2.7.2. Tratados Internacionales

Artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.- *todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.- *toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos (...).*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, originalmente fue concebida en 1959 como un intento de la OEA de detener la violación masiva de los derechos humanos del pueblo cubano llevada a cabo por el nuevo gobierno revolucionario de ese país. La primera comisión estuvo integrado por siete juristas en le reunión anual de los Estados Miembros, la Asamblea General fue instalada en 1960. Las actividades iniciales de la Comisión incluyeron visitas in situ a Miami para entrevistarse con los cubanos que huyeron de la represión en su tierra natal.

La Comisión buscaba documentar las violaciones de derechos humanos, durante casi veinte años el mandato de la Comisión y las reglas que establecían el alcance de sus facultades estaban estipuladas en su Estatuto tal y como fue adoptado por la Asamblea General de la OEA. Inicialmente no incluía la autoridad para tramitar las denuncias individuales provenientes de personas u organizaciones que reclamaban violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes de los estadios miembros. Esta brecha se cerró en

1967 cuando la OEA modificó el Estatuto de la Comisión para permitirle tramitar este tipo de comunicaciones, al mismo tiempo se obligó a los estados miembros a denunciar e investigar las violaciones de los derechos humanos.

La comisión originalmente creada por resolución de los ministros de relaciones exteriores de la OEA se incorpora a la carta de la OEA como órgano en 1967 bajo el protocolo de Buenos Aires.

Inciso 1 del Artículo 3 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.*

Inciso 1 del 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 las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, definidos como personas menores de 18 años. La Convención establece en forma de ley internacional que los Estados Partes deben asegurar que todos los niños y niñas —sin ningún tipo de discriminación— se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como

la educación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa.

La Convención constituye un punto de referencia común que sirve para analizar los progresos alcanzados en el cumplimiento de las normas en materia de derechos humanos infantiles y para comparar los resultados. Al haber aceptado el cumplimiento de las normas de la Convención, los gobiernos están obligados a armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas de la Convención; a convertir estas normas en una realidad para los niños y niñas; y a abstenerse de tomar cualquier medida que pueda impedir o conculcar el disfrute de estos derechos. Los gobiernos están también obligados a presentar informes periódicos ante un comité de expertos independientes sobre los progresos alcanzados en el cumplimiento de todos los derechos.

La Convención:

- Se aplica en prácticamente toda la comunidad de naciones, con lo que ofrece un marco ético y jurídico común que permite formular un programa dedicado los niños. Al mismo tiempo, constituye un punto de referencia común según el cual es posible valorar los progresos alcanzados.
- Representa la primera vez en que se realizó un compromiso formal para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos y verificar los progresos alcanzados en favor de la infancia.

- Indica que los derechos de los niños y niñas son derechos humanos. No son derechos especiales, sino más bien los derechos fundamentales integrales a la dignidad humana de todas las personas, incluidos los niños y niñas. Los derechos de la infancia no pueden considerarse por más tiempo como una mera opción, como si fuera un favor o una gentileza dedicada a los niños, o una obra de caridad. Los derechos generan obligaciones y responsabilidades que todos debemos cumplir y respetar.

- Fue aceptada incluso por entidades no estatales. El Ejército Popular de Liberación del Sudán, un movimiento rebelde en el sur del Sudán, es un ejemplo.

- Es un elemento de referencia para muchas organizaciones que trabajan con los niños o en favor de ellos, incluidas las ONG y las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas.

- Reafirma que todos los derechos son importantes y esenciales para el desarrollo pleno del niño y la importancia de dirigirse a todos y cada uno de los niños y niñas.

- Reafirma la noción de que el Estado es responsable por el cumplimiento de los derechos humanos, y los valores de transparencia y escrutinio público asociados con ella.

- Promueve un sistema internacional de solidaridad diseñado para alcanzar el cumplimiento de los derechos de la infancia. Utilizando como punto de referencia el proceso de presentación de informes que establece la Convención, se exhorta a los países donantes a que ofrezcan su asistencia en aquellas esferas en que se han definido necesidades concretas; asimismo, los

países beneficiarios tienen que encauzar hacia estas esferas la asistencia al desarrollo que reciben del exterior.

- Subraya y defiende la función de la familia en las vidas de los niños y niñas.

2.7.3. Ley 28457

Artículo 1

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

Artículo 2

La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El costo de la prueba es abonado por la parte demandada.

Siendo así, se evidencia muchas deficiencias que se encuentran plasmadas en la Ley N° 28457, toda vez que nuestro sistema procesal requiere probar los hechos que se alegan para amparar una demanda y como consecuencia de ello declarar la filiación o paternidad extramatrimonial, ello no quiere decir que esté en desacuerdo con la Ley N° 28457, sin embargo ello no me impide aclarar ciertos puntos que a mi modo de ver transgreden el ordenamiento jurídico : no se puede publicar una ley en desmedro de derechos constitucionalmente reconocidos como el derecho de defensa, derecho de

contradicción, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho a ser oído, entre otros derechos.

Finalmente, también se vulnera el derecho que tiene toda persona a un debido proceso y el deber de los jueces a motivar (fundamentar) sus resoluciones, ya que sin hechos probados, sin pruebas ni defensa del demandado, sin expresión en la decisión de la motivación fáctica y fundamentación jurídica, no hay proceso válido; el juez nacional no puede prescindir del cumplimiento de las normas constitucionales referidas al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

2.7.4. Código Civil

Artículo 387

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

La norma bajo comentario establece como medios de prueba para la declaración de filiación extramatrimonial, el reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad o maternidad. En este supuesto, no habiendo vínculo matrimonial de por medio, la presunción de paternidad que establece la ley para los hijos matrimoniales no resulta aplicable. En consecuencia, la paternidad y/o maternidad requiere ser probada por los interesados (PLANIOL y RIPERT, 1996, p. 217).

El reconocimiento es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extrapatrimoniales respecto de otra (CORNEJO CHÁVEZ, 1998, p. 105). Se trata de "un acto que encierra una confesión de la paternidad o la maternidad o por el cual se establece una filiación, es la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo y ocupar respecto de él, la posición jurídica de padre natural" (ACERO, 1984, p. 87).

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, existen discrepancias para determinar si el reconocimiento es un acto constitutivo o declarativo de la filiación o si, por el contrario, se trata de un acto constitutivo cuando se trata de la paternidad, y declarativo cuando se trata de reconocer la maternidad.

La controversia anotada no es baladí, por cuanto "si se la resuelve en el sentido de que el reconocimiento es constitutivo, el hijo no puede hacerla valer retroactivamente, de modo que los derechos y las obligaciones que de aquél se derivan operan sólo ex nunc. Si, por el contrario, se decide la cuestión en el sentido de que el reconocimiento es declarativo, opera retroactivamente" (CORNEJO CHÁVEZ, 1998, p. 105).

Jurisprudencia

"Será contundente e irrefutable el hecho que aparezca de la minuta transcrita en el proyecto de escritura pública presentada por la actora, que el demandado declare bajo su firma que reconoce la gestación que la

demandante está produciendo; no existiendo argumento alguno que destruya el valor de dicha declaración tanto más que no se ha tachado el instrumento privado presentado ni se le ha cuestionado en forma". (Ejecutoria Suprema del 21 de febrero de 1990, Normas Legales, Tomo 225, p. J-15).

"El reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad o de la maternidad, son los únicos medios de prueba de filiación extramatrimonial, y apreciándose de la correspondiente partida de nacimiento que el padre efectuó el correspondiente reconocimiento de su hijo extramatrimonial, con lo cual se acreditó la filiación existente entre ambos, se ha producido la inaplicación de la norma mencionada". (El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Tomo 1, p. 183).

"La filiación extramatrimonial se determina sólo por el reconocimiento y sentencia declarativa de paternidad y maternidad", (Cas. N975-96-Piura, El Peruano, 30/12/97, p. 225).

Artículo 388

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

Lo dispuesto por la norma bajo comentario encuentra sustento en los siguientes principios. Así el reconocimiento que efectúa un progenitor debe ser:

a) Unilateral; en la medida en que requiere para su perfeccionamiento solo una declaración de voluntad, ya sea la del padre o de la madre. Así lo dispone el artículo 388 del Código Civil, el cual establece que el reconocimiento puede ser practicado por el padre o la madre de manera indistinta. En efecto, se trata de "un acto del padre o de la madre, ya que la filiación respecto de ésta no produce ningún efecto en relación a la filiación paterna. El parto no presume la identidad del autor de la concepción" (BONILLA, 1987, p. 52).

Ello obedece a que por tratarse de actos relativos al estado civil de las personas y a la familia, las normas que rigen esta materia son de orden público, inmodificables por las partes. En este sentido, el reconocimiento produce plena prueba respecto de los terceros y, por ende, surte efectos erga omnes y no solo frente al padre y la madre.

b) Facultativo y voluntario; por cuanto nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de otra persona. Asimismo, se trata de un acto voluntario, en la medida en que se encuentra prohibido que el padre que reconoce a un hijo mencione el nombre del otro o de cualquier dato que permita identificar a éste.

Esta característica encuentra sustento en que "el padre está en el deber moral y social de reconocer a su hijo, pero tal deber moral no implica un deber jurídico de derecho positivo" (Santamaría, 1996, p. 104).

c) Personal; en la medida de que nadie, ni siquiera el representante legal del menor o del incapaz, puede, por regla general, afirmar un lazo de filiación del cual no es autor. Este precepto obedece al carácter íntimo del acto procreador, así como al respeto por el principio de voluntariedad referido (Cornejo Chávez, 1998, p. 109). En efecto, "la confesión no compete sino a su autor: no se confiesa por otro. El reconocimiento porque es una confesión, es individual" (MAZEAUD, citado por Santamaría, 1980, p. 104).

Artículo 390

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

El reconocimiento del hijo extramatrimonial es de manera voluntaria, pues como sabemos al hijo nacido dentro del matrimonio se presume matrimonial. Las personas que pueden reconocer al hijo extramatrimonial son el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos, esa es la regla pero la excepción sería que los padres se encuentren incurso en algunas de las causales de incapacidad absoluta o relativa o se encuentren desaparecidos o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último caso, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.

Existen tres formas de reconocimiento: a.- registro de nacimientos, b.- escritura pública, c.- testamento

A.-Reconocimiento en el registro de nacimiento.-

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

B.-Reconocimiento por Escritura Pública.- Cuando se reconoce al hijo extramatrimonial ante un notario de manera voluntaria por medio de una escritura pública, debiendo el notario incorporarlo a su protocolo notarial.

C.-Por Testamento.- Cuando el testador reconoce a una persona como su hijo extramatrimonial, sea por testamento por escritura pública, cerrada u ológrafa.

Puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes.

El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, ya que estamos ante un hecho trascendental este no puede estar sujeto a modalidad, y una vez realizado no puede ser revocado, por la estabilidad y seguridad jurídica que necesita el menor.

El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro, esto es debido a que

puede crear conflictos con el cónyuge que no lo ha reconocido, por el ingreso de una persona foránea a su matrimonio.

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento, pues puede deberse a un interés patrimonial o de otro tipo.

El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo. El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto. Este es el caso que uno de los cónyuges está ausente por diversos motivos, como el de enfermedad, viaje, negocios, etc., tiene noventa días desde que tuvo el conocimiento del nacimiento de esta persona para negar el reconocimiento que es hijo suyo.

El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad, es decir una persona que no considera que la persona que lo ha reconocido sea su padre o madre, cuando tenga diecinueve años o si es mayor de edad y cesa su incapacidad, puede negar dicho reconocimiento.

Inciso 6 del Artículo 402

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o a través de la prueba de ADN (...).

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El objetivo de las acciones judiciales destinadas al establecimiento de la filiación es que el vínculo de filiación jurídico coincida con la filiación biológica. Es decir, con la verdad biológica. Durante siglos, la realidad biológica fue inaccesible. El Derecho se limitaba entonces a deducir a partir de tal cual hecho, con mayor o menor certitud, la posibilidad de la existencia o no del vínculo de filiación.

Así, el escrito indubitado donde el supuesto padre admite la paternidad no establece directamente la filiación biológica, sino más bien se limita a probar ciertos hechos a partir de los cuales se presume el vínculo de filiación. De igual manera, la prueba de la convivencia de la madre con el pretendido padre, la seducción, el rapto, la retención violenta de la madre durante la época de la concepción, o aun la posesión de estado de hijo, presentan un riesgo importante de error y pueden ser fuente de injusticia. La incertidumbre se acrecienta cuando las partes presentan pruebas testimoniales a través de las cuales se intenta probar una supuesta conducta notoria de la madre o la

existencia de relaciones sexuales de esta última con otros hombres durante la época de la concepción.

Las dificultades respecto de la prueba justifican el hecho de que el legislador haya siempre tomado largamente en cuenta las diversas presunciones: presunción de paternidad legítima, presunción relativa a la fecha de la concepción, presunción relativa a la duración de la gestación, y también la presunción fundada en la posesión de estado.

Estos modos de prueba tradicionales han sido desplazados por los progresos de la ciencia que permiten determinar a través de un test genético, con un riesgo mínimo de error, la filiación biológica de un individuo. Es necesario entonces precisar los elementos técnicos de los tests genéticos, su fuerza probatoria, las condiciones de la realización de la prueba, la negativa del presunto padre a someterse a ella, y finalmente las consecuencias que genera tal oposición.

Artículo 1322

El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

El artículo bajo comentario establece de manera escueta que el daño moral, cuando se hubiese irrogado, es susceptible de resarcimiento, adicionalmente a los daños indicados en el artículo 1321. La sistemática del Código no es, precisamente, la más adecuada, al separar, en dos artículos, los

daños, susceptibles de resarcimiento, generados a partir de la inejecución de la obligación o del incumplimiento de los deberes conexos de conocimiento, información o seguridad que se tiene.

Quienes siguen la teoría del daño a la persona han manifestado en más de una oportunidad que la redacción de este artículo es peligrosa debido a que estaría excluyendo gran parte de los daños extrapatrimoniales.

Para salvar el supuesto problema, se ha afirmado que, a pesar de que se ha hecho referencia al daño moral en vez de centrarse en la categoría del daño a la persona (considerada genérica), el ponente del Libro de Obligaciones, conforme a la Exposición de Motivos de dicho libro, le otorga a la categoría del daño moral los mismos alcances genéricos del daño a la persona. Se indica, de este modo, que el ponente se habría inclinado por un concepto amplio de daño moral a fin de incluir a los daños inferidos a la persona en sus diferentes manifestaciones (Fernández S., 2003, p.45).

Con una visión más conservadora, se ha afirmado también que, si bien el presente artículo se refiere al daño moral en sentido propio (conclusión a la que se llega a través de una comparación con la aparente sistemática de la sección de responsabilidad extracontractual), el daño a la persona sería también indemnizable en el campo contractual por cuanto no existiría razón alguna para limitar su aplicación al campo extracontractual (Taboada, 2001, p.238).

Para apreciar si en verdad hay un problema habría que evaluar la intención del legislador al elaborar el presente artículo.

Para el ponente del Libro de Obligaciones, Dr. Osterling (2003) el daño moral vendría a ser "el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquéllos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además, un daño material. Y en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales strictu sensu, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual". (p.355).

Como Puede verse, excluir la posibilidad de resarcimiento del daño a la persona, definitivamente, no ha sido la intención del legislador. Más precisamente: hacer referencia alguna al daño a la persona no ha sido intención del legislador ya que, sencillamente, en su concepción filosófica (siguiendo a la doctrina francesa) el daño moral engloba a todos los daños extrapatrimoniales.

La intención del legislador tampoco ha sido referirse al daño a la persona llamándolo daño moral, o tratar como sinónimos uno y otro. Por su parte, tampoco ha pretendido regular el daño moral sólo en su concepción estricta. Sencillamente, para el legislador daño moral es daño extrapatrimonial.

Afirmar que el artículo 1322 contempla sólo al daño moral en sentido estricto no es sólo desconocer la intención del legislador, sino (y esto es más peligroso) considerar la posibilidad de que se generen daños de carácter extrapatrimonial que no puedan ser indemnizados en supuestos de responsabilidad contractual. En este entendido, sería absurdo considerar que alguien que ha sido afectado físicamente durante la ejecución, por ejemplo, de un contrato de prestación de servicios médicos, no pueda ser indemnizado.

En conclusión, el artículo 1322 se refiere al daño moral en su acepción amplia, abarcando todo tipo de daños extrapatrimoniales generados en el ámbito de la inejecución de obligaciones. En esta medida, en la concepción que da fundamento a dicho sistema, no hay cabida para el daño a la persona. Por ende, los supuestos problemas de su falta de regulación, no son tales.

Finalmente, debemos tener en cuenta que, si bien es común que la indemnización del daño moral sea en dinero, ésta no es la única forma que puede revestir ya que también puede comprender cualquier otro tipo de medio de resarcimiento, como pueden ser, entre otros, el cese de las actividades ofensivas, publicación de aclaraciones, etc.

Artículo 1969

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...).

Si bien, como dice Fernando de Trazegnies (2005) la intención original era establecer tres supuestos principales (la inclusión de la responsabilidad objetiva al lado de la subjetiva, entender la indemnización como una reparación del daño y no como un castigo contra la culpa del causante y proponer la distribución social de los accidentes), el legislador le dio un carácter netamente subjetivista, ya que el autor de un daño sólo estará obligado a indemnizar si actuó con culpa o dolo; al haber incluido el daño moral y el Daño a la Persona como supuestos de resarcimiento, se estableció un sistema de indemnizaciones que responderían al principio de venganza o de punición civil, antes que a la reparación del daño, por lo que el segundo objetivo de la propuesta inicial tampoco habría sido aceptada plenamente. Y en cuanto a la propuesta de una distribución social del daño, que estaría evidenciada a través del establecimiento de seguros obligatorios, la oposición que presentaron las compañías de seguros, derivó en que en el texto final del Código sólo se incluyó un artículo, el 1988 (inútil, según el autor), que establece que mediante ley especial se determinarán los sujetos obligados a contraer un seguro, y los daños que deban ser objeto de resarcimiento en virtud del mismo. (p.207)

Por ello, la jurisprudencia nacional sigue utilizando el principio de la culpa con la carga de la prueba invertida, para efecto de establecer indemnizaciones por daños injustamente producidos.

Artículo 1984

El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

1. Cuestiones sobre el daño moral en la responsabilidad civil extracontractual

El babel jurídico que ahora llamamos Código Civil tiene entre sus principales características el haber nacido como un conjunto de compartimientos estancados cuya unidad sigue tratando de salvarse décadas después de su puesta en vigencia. La independencia con que se trabajaron diversas secciones del Código ha generado una multiplicidad de contradicciones, tratos disimiles y hasta incompatibilidades que han llevado a los operadores jurídicos a reflexionar profusamente sobre un sinfín de materias.

La reflexión ha devenido en audaces interpretaciones acerca del contenido y la funcionalidad de ciertas instituciones, pasando por las modificaciones normativas y las sempiternas propuestas de enmienda, hasta llegar a sugerir la sustitución del Código Civil incluso antes de que este alcanzase la mayoría de edad.

La problemática relativa al daño moral en el sistema de responsabilidad civil peruano viene marcada por la inserción de la categoría daño a la persona, a sugerencia de Fernández Sessarego, en el artículo 1985 del Código, donde una y otra categoría se presentan en paralelo. Empero, la intención del prestigioso jurista era incorporar el daño a la persona en el Libro I del Código Civil pero esto fue rechazado por la Comisión Revisora del mismo (lo que devino en la promulgación del remedo normativo que está inserto en el artículo 17).

A pesar de ser la única mención que se hace al daño a la persona en todo el articulado del Código, la incorporación asistemática del mismo ha generado más de una cuestión a propósito, precisamente, de la preexistencia del daño moral en el texto normativo.

Si entendemos que el sistema de Derecho Civil es una unidad, natural o forzada por interpretaciones que pretendan salvar su integridad, debería haber coherencia en la materia. Si la persona, como es obvio, es el centro del ordenamiento, la protección que se le otorga debería ser la misma, independientemente de que medie o no un contrato.

Y, sin embargo, tenemos que en el artículo 1322, ubicado en el Título correspondiente a inejecución de obligaciones, se hace referencia exclusivamente a la indemnización del daño moral, mientras que en la sección correspondiente a responsabilidad extracontractual se hace referencia a la indemnización del daño moral en los artículos 1984 y 1985 conjuntamente, en este último artículo, con la correspondiente al daño a la persona, como ya hemos dicho. A esto se pueden agregar otras referencias a la indemnización del daño moral a lo largo del articulado del Código, como las que figuran en los artículos 257,351 Y 414.

Entonces, la coherencia del sistema no queda tan clara.

Del daño moral se puede hablar en dos sentidos. En un sentido estricto, se considera que daño moral es aquél que afecta la esfera interna del sujeto no

recayendo sobre cosas materiales sino afectando sentimientos, valores. Daño moral sería, así, el sufrimiento que se puede generar a un sujeto, sea dolor, angustia, aflicción, humillación, etc. Por su parte, en un sentido más lato, se entiende el daño moral equiparándolo con la categoría de daño extrapatrimonial, lo que abarcaría el daño moral en sentido propio y todos los demás daños extrapatrimoniales, como la integridad física o la salud. En diversos sistemas jurídicos se entiende la figura en este último sentido. Basta la mención al sistema francés y al español (DE ÁNGEL, VICENTE).

La idea de daño moral que tuvo el legislador peruano parece ser aquella que lo entiende en su sentido 1^{to}. Recordemos que, como categoría de daños extrapatrimoniales, era la única originalmente planteada en la sistemática del Código. El espíritu de nuestra legislación civil, tradicional en el fondo y de raigambre francesa, insertó al daño moral como equivalente al daño extrapatrimonial. Esto resulta prístino en el caso del artículo 1322, ya que el propio ponente del tema en cuestión lo ha declarado así (OSTERLING). Con la misma tradición se elaboraron, en su momento, las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, luego de descartarse un proyecto realmente innovador (aunque sinceramente romántico).

Respecto a este contexto, sería poco lógico afirmar que el legislador se preocupó por buscar que se solivianta el dolor, la angustia o la aflicción de los sujetos, dejando de lado todas las afecciones físicas que puedan recaer sobre los mismos.

También sería poco lógico considerar que en el sistema de inexecución de obligaciones se deba entender el daño moral en un sentido lato y en el sistema de responsabilidad civil extracontractual se deba entender la figura en mención en su sentido estricto.

La inserción del daño a la persona en nuestro sistema de Derecho Civil busca reiterar que el centro del ordenamiento es la propia persona, siendo que esta, y la defensa de sus derechos, debe primar sobre cualquier aspecto de índole patrimonial (FERNÁNDEZ SESSAREGO). La finalidad es indiscutiblemente encomiable aunque reiterativa dado que el ser humano es el centro del Derecho, siendo este último tan solo un medio del cual se vale el sujeto para regular su convivencia en sociedad. Explicar la inserción del daño a la persona, en este sentido, no debería traer mayores problemas, salvo la crítica a su carácter pleonástico: si ya contábamos con la categoría del daño moral, que incluía a todos los daños extrapatrimoniales, no se justifica la subdivisión (DE TRAZEGNIES).

Consideramos que el problema no se encuentra ahí. El asunto es que la inserción del daño a la persona ha traído consigo todo el bagaje teórico que aparentemente lo inspira fuera del contexto de nuestro Código Civil. Así, lo que fue una inserción coyuntural, y que ha resultado en una presencia excepcional, se viene a plantear como la regla del sistema.

Se parte de un razonamiento inverso al que inspiró al legislador. Así, se entiende el daño a la persona como el agravio o la lesión a un derecho, un bien

o un interés de la persona en cuanto tal. Por ello, se considera que el daño moral es una subespecie del anterior, en cuanto se manifiesta como una lesión a uno de los aspectos psíquicos del sujeto, una afección de carácter emocional (esto es, se hace referencia al daño moral en su sentido estricto). Se concluye, entonces, que carece de objeto seguir refiriéndose al daño moral como institución autónoma del daño a la persona (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El esquema teórico planteado lleva, por supuesto, a resultados distintos. A partir de ese esquema se ha planteado la preocupación por el hecho de que el legislador haya contemplado, en muchos casos (en verdad, la mayoría), únicamente la indemnización del daño moral (entendido en su sentido estricto) privando de protección a las víctimas de otros daños de carácter extrapatrimonial.

Para salvar el problema, en lo que refiere a inexecución de obligaciones, se ha considerado que el legislador le ha querido dar al daño moral los mismos alcances genéricos del daño a la persona (argumentación que podría hacerse extensiva a todos los casos que en el Código únicamente se hace referencia al daño moral).

En lo que refiere a la responsabilidad civil extracontractual no habría problemas dada la mención expresa del daño a la persona que, como categoría genérica, incluiría al daño moral, por lo que se entiende que todos los daños extrapatrimoniales estarían cubiertos (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Incluso, se afirma que, asumiendo que el legislador se haya referido al daño moral en

sentido estricto, fuera del ámbito extracontractual el daño a la persona también sería indemnizable a partir de una interpretación sistemática del régimen y dado que no existe razón alguna para limitar su protección (TABOADA).

2. Valuación del daño moral

La norma bajo comentario establece que corresponde indemnizar el daño moral considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Resulta manifiesto el carácter genérico de la referencia normativa que, naturalmente, no puede dar una solución certera al problema de la cuantificación del daño moral (TABOADA). La evaluación de este, en todo caso, remite a apreciar la naturaleza del interés lesionado a propósito de la extrapatrimonialidad del bien jurídico (ZANNONI).

Precisamente, el problema se centra en la discusión acerca de los criterios a utilizar para la cuantificación del daño moral, tarea bastante difícil dada su naturaleza. Es claro que la solución dependerá de cada caso y de las condiciones personales de quien merece ser indemnizado, no debiendo limitarse a cálculos puramente matemáticos (GHERSI; Cfr. IRIBARNE).

Se pueden plantear, como ejemplo, a propósito de la valuación del daño moral, algunos criterios que han surgido en la jurisprudencia argentina. Para tal efecto seguimos a Ghersi:

a) El resarcimiento del daño moral no tiene por qué guardar proporción con la indemnización que se asigne, por ejemplo, por daño emergente. Así, si cada daño afecta bienes jurídicos distintos es natural que el resarcimiento de unos y otros no tenga por qué tener relación, más aún, cuando cabe la posibilidad de que se presente únicamente el daño extrapatrimonial.

b) Su valuación no puede estar sujeta a cánones estrictos. En todo caso, se debe tener como meta la búsqueda del resarcimiento integral cuando ello sea posible.

c) Debe valorarse, en su caso, la intensidad de la lesión física, la incertidumbre producida por la propia recuperación y los efectos en el ámbito familiar. Así, corresponderá evaluar la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos.

d) La estimación del monto indemnizatorio queda finalmente a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares de cada caso.

Los criterios antes mencionados, son una muestra de la búsqueda por hacer objetivos los parámetros para cuantificar el daño moral. En todo caso, devienen en una muestra de lo difícil que resulta la cuantificación.

Por su parte, la norma establece que es indemnizable el menoscabo producido tanto a la víctima como a su familia. Vienen a la mente los casos de sufrimiento y dolor de los familiares que son susceptibles de ser resarcidos.

Adicionalmente, se ha planteado que el daño moral no se agota en la esfera de la familia, considerada en estricto, sino que podría llevarse a la esfera de otro tipo de relaciones como el noviazgo o el concubinato (TABOADA). Consideramos que la norma, en este punto, puede ser objeto de interpretación.

2.8. LEGISLACIÓN COMPARADA

2.8.1. Francia

Artículo 1382 del Código Civil

Todo hecho cualquiera del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo.

Comenta Planiol y Ripert (1996) conviene en señalar que, según la doctrina moderna, el cuasidelito es un hecho ilícito que, sin intención, causa un daño a tercera persona. Así entendido, el cuasidelito comprende todos los actos perjudiciales no intencionales por mínima que sea la culpa cometida, si comprometen la responsabilidad de sus autores; en efecto, la imprudencia más leve constituye un cuasidelito, resultando esto de las disposiciones de la ley (arts. 1382 y 1383). No era lo mismo antiguamente.

Aunque las ideas no se habían detenido sobre este punto, existía una tendencia a reservar el nombre de cuasidelito a las culpas graves, que se equiparaban a los actos criminales. Además, agregan que en el lenguaje jurídico existe la costumbre de llamar culpa a lo que Pothier y el código llaman cuasidelito, es decir, al acto perjudicial no intencional, por oposición al delito, que supone la intención de causar un daño (p.772).

Evidentemente, se estableció en dicho artículo la relevancia del principio del *neminem laedere*, ya que resalta la amplitud de contenido y de supuestos que pueden dar lugar a la responsabilidad extracontractual, al no hacerse ninguna distinción específica acerca de los eventos dañosos: la norma dice “cualquier hecho del hombre”.

Esto, a nuestro entender, constituye una ventana sumamente amplia por la cual pueden ingresar infinidad de supuestos de hechos que conlleven a la responsabilidad extracontractual (Peirano, 1981, p.128).

A partir de dicho enunciado, se van catalogando los distintos supuestos en los que cabe también la responsabilidad. (por hechos ajenos, por hechos de los animales, por edificaciones ruinosas, etc.), pero es claro que todos los demás supuestos normativos asumen los mismos principios contenidos en el artículo 1382.

Siguiendo la misma posición Philippe le Tourneau (2004) explica que los autores del Código Civil fundaron la responsabilidad civil en la culpa (*faute*). Dice el autor que, respecto a la culpa, “El artículo 1382 contiene dicha palabra. Las palabras negligencia e imprudencia (art. 1383) se refieren también a culpas (menos graves). Al implicar un análisis del comportamiento del individuo esta concepción de la responsabilidad es llamada subjetiva.” (p.27).

2.8.2. España

Artículo 1902 del Código Civil

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Comenta León Bonel y Sánchez (1891) dedica nuestro código este capítulo segundo a tratar de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, y ya dijimos antes que hay actos de los que nacen obligaciones, pero no nacen todas de la relación jurídica establecida entre dos personas por el mutuo consentimiento, sino por actos puramente unilaterales; por actos, lícitos o ilícitos, propios de una persona que directamente le ligan con los demás ciudadanos o con la sociedad, creando un vinculum juris ipso facto que obliga tanto como las consecuencias de las convenciones.

Las leyes romanas y nuestras antiguas leyes patrias llamaban delitos y cuasi delitos a los actos que hoy nuestro código reconoce producen obligaciones por culpa o negligencia. Nuestro código está más conforme con el buen sentido que las antiguas disposiciones; pues realmente no solo los delitos y las faltas producen obligaciones, sino que hay actos, de los que originan estas, que sin ser puramente lícitos ni constituir delitos y faltas, llevan en su un sello de responsabilidad civil por efecto de la negligencia con que se ejecutaron, sin estar sujeto a responsabilidad verdaderamente penal, o mejor dicho, personal.

Sabido es que todo acto punible lleva en si dos clases de responsabilidad, la penal y la civil; pues toda persona responsable criminalmente de un hecho punible, lo es también civilmente del daño y perjuicios causados a terceras personas por la ejecución del mismo; pero también pueden tener lugar muchos actos e infinidad de omisiones, que sin que técnicamente podamos llamarlas delitos ni faltas, porque no perturban directamente el orden jurídico constituido, envuelven en responsabilidad a sus autores, porque con ellos causan perjuicio a terceros cuya reparación es inevitable.

Todas las obligaciones reconocen como base el principio de equidad que generalmente en ellas domina, de que quien causa un daño se constituye en el deber de repararlo; por eso nuestro código, en su artículo 1902, primero de este, previene que el que por acción y omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

No puede menos reconocerse que el artículo que comentamos encierre una verdadera máxima de jurisprudencia universal, fundada en un principio de eterna justicia, sua cuique culpa nocet; la culpa no debe perjudicar más que a su autores, y el está obligado a reparar el daño ocasionado a un tercero con ella; aunque no haya sido por la ley elevada a la categoría de los delitos o faltas, ni se halle por lo mismo castigada en el código penal. Por eso el campo y la escala de la culpa o negligencia son tan vastos que no pueden encerrarse todos los casos en las leyes positivas por minuciosas y casuísticas y no queda

otro remedio que atender a las circunstancias particulares de personas y del hecho para la decisión acertada de cada caso. (p.893:895)

2.8.3. Venezuela

Artículo 1196 del Código Civil

La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima, en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o las de su familia (...).

En Venezuela e Italia, existe una separación, pero no tan marcada como en Francia. En el Código Civil venezolano e italiano, esta mayor flexibilidad se refleja, en primer lugar, en la mera existencia de reglas concebidas como comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual; y, en segundo lugar, en que, dentro de las normas sobre hechos ilícitos, se regula el abuso de derecho, que puede consistir en el exceso en el ejercicio de un derecho derivado de un contrato. En Italia y Venezuela, las reglas especiales que tratan la responsabilidad contractual o extracontractual son aplicaciones o normas de excepción, según el caso, respecto de la normativa de índole general aplicable al deber de reparación derivado del incumplimiento de obligaciones, cualquiera que sea su fuente (por ejemplo, el artículo 1196 del Código Civil venezolano, relativo al daño moral por hecho ilícito, es especial respecto de los artículos 1273 y siguientes del mismo código, que incluyen disposiciones sobre el daño reparable comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual).

En algunos países se considera que responsabilidad contractual no cubre sino los daños materiales, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, y no los daños morales o extrapatrimoniales (volviendo al ejemplo anterior, no sería reparable el daño no patrimonial consistente en la rabia sentida por el propietario con motivo de la pérdida de su maleta). En Venezuela, esto tiene su asidero en el artículo 1196 del Código Civil, que ordena reparar los daños morales ocasionados por un hecho ilícito; norma que no tiene su equivalente en las disposiciones venezolanas comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual.

En efecto, en Venezuela, el Código Civil (artículo 1196) prevé el pago de daños morales sólo en el supuesto de hecho ilícito, no habiendo ninguna regla equivalente respecto de los contratos; por lo que la Casación ha dicho que no procede el pago del daño moral por incumplimiento de obligaciones contractuales.

Ahora bien, la existencia de un contrato no impide que se configure un hecho ilícito, ni, en consecuencia, que nazca la obligación de pagar daños morales, según nuestro máximo tribunal. Entonces, si bien no procede el pago de daños morales en caso de un mero incumplimiento de contrato, ocurre que, cuando independientemente del contrato en cuestión se está en presencia de un hecho ilícito, por haberse dado los supuestos de hecho previstos en la ley, es procedente la indemnización de tales daños morales. Dice la casación venezolana: "el juzgador de la recorrida analizó y aplicó debidamente el artículo 1196 del Código Civil, en relación con el daño moral, y los artículos 1271, 1273,

1274 y 1275, al resolver correctamente que 'mientras en Venezuela rigen las normas contenidas en los artículos 1274 y 1275 del Código Civil a propósito de las obligaciones contractuales no cumplidas, no puede haber daño moral, el cual está limitado a los actos o hechos ilícitos'... La sala, al decidir en esta forma, no se pronuncia sobre la posibilidad de que, no obstante la existencia de una relación contractual entre las partes, pueda surgir colateralmente un hecho ilícito que origine daños materiales o morales, concurrentes o excluyentes" (sentencia de Casación Civil de fecha 25-6-81, Gaceta Forense, p. 1774).

2.8.4. México

Artículo 1916 del Código Civil

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero (...).

En términos del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal y Código Civil Federal, el daño moral consiste en la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hay daño moral, cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas, siendo independiente el daño moral, del daño material que se cause;

luego, si un centro hospitalario le presta a una persona una inadecuada atención médica y por esa circunstancia le irroga a ésta una afectación que la incapacita permanentemente es indudable que, aparte del daño material, le ocasiona una afectación psíquica que evidentemente, se traduce en un daño moral que altera sus sentimientos y afectos, debiéndola resarcir en términos de la ley por ese motivo, independientemente de la indemnización correspondiente al daño material.

Los bienes que tutela dicha figura pertenecen a los siguientes patrimonios: Patrimonio moral afectivo o subjetivo, integrado por los afectos, creencias, sentimientos, vida privada y configuración y aspectos físicos, en tanto que el Patrimonio moral social u objetivo, se integra por el decoro, el honor, la reputación y la consideración que de la persona tienen los demás.

A su vez, el artículo 1916 bis se refiere a los casos en que no habrá obligación a la reparación del daño por el ejercicio de los derechos de opinión, crítica, expresión e información en los términos y con las limitaciones de los artículos 6 y 7 de la República, debiendo acreditar quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual, la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

De acuerdo con su contenido, para que exista reparación por daño moral se requiere probar dos extremos: el primero, que exista un hecho u omisión ilícitos (segundo párrafo y el artículo 1916 bis), acreditándose el daño que

directamente le hubiere causado su conducta, es decir, que sea la consecuencia inmediata de la conducta realizada. Ello nos dice que para que exista daño en general, deberá ubicarse el resultado o la consecuencia de la acción dañosa, concentrado en las miras de su caracterización. De modo tal que si el detrimento producido por la ofensa disminuye o hace perder un bien (en sentido general y no jurídico), inmaterial y no valuable en dinero, es daño moral; pero si es patrimonial y mensurable en moneda, es daño material. Pero preguntémosnos: ¿qué es lo que se daña o perjudica con el hecho ilícito? .

Ni el derecho que protege el objeto (éste se viola o contradice, no se daña), ni el poder actuar hacia el objeto o hacia la expectativa de satisfacción (éste se neutraliza o paraliza, no se daña), sino el objeto mismo dañado. De modo que cuando el detrimento recae sobre uno de los modos de ser espirituales y todas y cada una de las manifestaciones personalísimas, es daño moral.

2.8.5. Argentina

Artículo 1078 del Código Civil

La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agraviado moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo (...).

Para este artículo creemos pertinente citar a los juristas Mosset y Piedecasas (2005), quienes en su obra comentan este artículo en 6 conceptos los cuales pasamos a describir:

1. El daño moral como un daño más entre los denominados "daños a la persona". Género y especie. Noción del daño moral-dolor.

Desde el artículo 1066 venimos tratando el tema de los ilícitos; en más de una oportunidad hemos abordado textos que aluden a la "persona" como eje o centro del daño -"el mal hecho a su persona", artículo 1068; "con intención de dañar la persona", artículo 1072; "se confunda con la existencia de la persona", artículo 1075; "el perjuicio que por él resultare a otra persona", artículo 1077-, hasta que ahora, con el artículo que comentamos, llegamos al "daño moral" o "agravio moral". ¿Se trata del mismo daño "a la persona humana" o de un capítulo o rubro de éste? La respuesta no puede darse sin tener en cuenta los daños a los "derechos de la personalidad", los "nuevos daños" de los que también nos hemos ocupado. ¿Toda esa riquísima variedad puede "agruparse" bajo el concepto de daño moral? La cuestión tiene que ver y mucho con la pretensión de reducir los daños a dos categorías únicas: daño patrimonial y daño extrapatrimonial o moral.

Nos parece, lo hemos anticipado, que una relectura del Código Civil posibilita incorporar como género el "daño a la persona" y como especie el daño moral, junto con las otras especies: el daño a la intimidad, el estético, el daño al proyecto de vida, a la vida de relación, etcétera.

En consecuencia, el daño moral -denominación poco feliz, pues se trata de un "daño jurídico" y no moral-, tan restringido en la redacción originaria del Código -del texto comentado- y tan criticado por un sector de la doctrina -que lo asimiló al "daño-dolor", tristeza, melancolía-, es "una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés espiritual" (Pizarro); una "alteración disvaliosa del espíritu".

Como un efecto feliz de esta distinción -puesto que llamar a todos los nuevos daños como rubros del daño moral resulta impropio y forzado- se posibilita para el "daño a la persona", con excepción del daño moral -artículo 1078, última parte-, el reclamo por los damnificados indirectos. Por vía de ejemplo, la víctima indirecta de un perjuicio a la vida de relación tiene, desde nuestra óptica, expedida la acción, puesto que es un daño a la persona que se diferencia del mero daño moral.

2. El debate en doctrina acerca de la caracterización y contenido del daño moral

En síntesis de lo expuesto, la denominación "daño moral" es, a la vez, impropia y desacreditada. Y ello incide en su aceptación y reparación por los jueces. No se nos escapa el avance positivo que significa "el paso del daño moral-dolor al daño moral-alteración disvaliosa en los estados de ánimo", pero, aun así, aparece como abstracto, inasible, de difícil prueba, fácil de simular o aparentar. Todo lo cual lo desjerarquiza y le quita vigencia.

Se nos dice que es equivocado determinar el daño moral "por la índole del derecho lesionado" -los derechos extrapatrimoniales-; como también es erróneo hacerlo apuntando a los derechos referidos a la personalidad, y que, por tanto, debe tenerse en cuenta el resultado o consecuencia de la acción (Pizarro). Nos interrogamos: ¿Cuándo categorizamos el daño al proyecto de vida no tenemos en mira el menoscabo, la consecuencia? Ocurre que identificamos o le ponemos nombre a la "minoración en la subjetividad", la concretamos o particularizamos.

3. La disputa entre "daño" y "agravio". La opción entre la sanción al agente o la reparación a la víctima. Tesis intermedia

El daño moral es un daño extrapatrimonial y, por ende, de muy difícil cuantificación económica, traducción en dinero. Pero el juez debe acometer esa tarea. Y como ya no se discute en el Derecho de Daños, debe cuantificarse mirando a la víctima del daño moral injusto, a quien lo sufre.

Esta última cuestión tampoco ha sido pacíficamente aceptada por la doctrina. El daño moral-sanción al victimario ha tenido muchos adeptos. Y la denominación "agravio moral" tiene esa implicancia.

Un sector minoritario ha vuelto sobre el tema, moderadamente, aduciendo que el juez debe mirar primero, a la hora de determinar en pesos, a la víctima; para luego observar la situación del victimario y de su familia; para, de acuerdo con ella, producir una moderación en la cuantía. Pensamos que así

lo dispone el artículo 1069 -ya comentado-, siempre que en la producción del perjuicio no haya intencionalidad.

Pero no sería sincera nuestra exposición si obviáramos expresar que el daño extrapatrimonial no gozó de las simpatías de la concepción decimonónica. Y que ese disfavor llevó a la legislación y a la doctrina a cercenar por muy diversos caminos la aceptación y luego la reparación de tal perjuicio.

Se trata de etapas superadas, incompatibles con el desarrollo del Derecho de Daños, con su actual estadio y evolución.

4. La prueba del daño moral. La cuantía del resarcimiento. Los "bienes satisfactorios" y su compensación

La víctima debe arrimar elementos que convenzan al juez de la existencia del daño moral, de la alteración disvaliosa del espíritu; del dolor, sinsabores o sufrimientos; amarguras o desazones. Sin dejar de lado que tales alteraciones, en ciertos casos -muerte de un ser querido, un pariente próximo-, pueden presumirse, admitiendo, claro está, la prueba en contrario.

Ocurre que los estados de ánimo son pasajeros; el tiempo mata al dolor; los sufrimientos aparecen o desaparecen, y de ahí que los jueces, en múltiples circunstancias, "no se quieren convencer".

Parece obvio insistir en que lo no patrimonial no tiene traducción dineraria. Y que toda fijación de un monto resarcitorio por daño moral tiene algo de caprichoso o arbitrario. Aun admitiendo que el Derecho es una ciencia blanda, de lo humano, distinto, cambiante. Pero acontece que la disyuntiva es ahora: indemnizar en dinero o no indemnizar. Y esta segunda posibilidad deja a la víctima en su situación injusta. No creemos que pueda hablarse de una salida materialista, impropia de una ciencia de lo humano. Cabe acotar que "el dinero no hace a la felicidad, pero coadyuva a ella, la posibilita". Lafaille, un jurista eminente, predicaba, como criterio a la hora de cuantificar el daño moral, atender al costo de las necesidades a satisfacer con ese dinero, a los "placeres compensatorios". Iribarne, otro jurista distinguido, menciona "la cuantificación de los remedios para la tristeza y el dolor", y habla del descanso, de las distracciones, las diversiones, los juegos, la buena música, el hacer bien a otros, las comodidades, la educación, los viajes, etcétera.

Nosotros hemos indicado como reglas: que la cuantía no debe ser mínima o simbólica, verdadera burla para el litigante victorioso; que tampoco debe "cambiar su estado de fortuna", enriquecerlo, a costa del victimario, con una suma exagerada; que debe atenderse a la economía del país y de la región, a los precios relativos, a los ingresos medios; que dentro de la inconmensurabilidad del daño moral debe buscarse un "piso prudente" y un "techo flexible", caso por caso; que la justicia institucionalizada debe buscar caminos para aunar criterios y evitar el escándalo de cuantificaciones muy diferentes, seguridad y predecibilidad de los fallos, coherencia en las decisiones, etcétera.

5. Legitimados activos: el damnificado directo y los herederos forzosos. La tendencia doctrinaria a ampliar la nómina con damnificados indirectos.

Nuestra doctrina mayoritaria se resiste a aceptar en silencio que frente a un daño moral que padece una persona viva -ajeno a la pérdida de la vida- sólo sea titular, legitimado activo, la víctima. Que se niegue acción a sus convivientes -padres, hijos, compañeros, amigos- cuando, en muchos casos, sufrirán ellos tanto o más que la propia víctima directa. Digamos que esta limitación, en orden al daño moral por "eco" o "resonancia", es también una muestra de la mala voluntad con que se lo legisla. De ahí que se proponga la ampliación de la legitimación, frente a una eventual reforma.

Para el caso de muerte de la víctima los legitimados iure proprio son los herederos forzosos; la especificación no obsta al debate acerca de si estos herederos deben serlo en concreto o si basta el llamamiento eventual; si un padre, por vía de ejemplo, está legitimado siempre, en todos los casos, o sólo cuando concurre a la herencia ante la ausencia de los hijos; si el cónyuge supérstite puede reclamar por el daño moral aunque nada haya heredado. La respuesta de la doctrina mayoritaria es a favor de la legitimación, sea o no desplazado el pretensor, haya o no bienes a heredar.

6. El daño moral y las personas jurídicas. La transmisibilidad de la acción, entre vivos y mortis causa

Las personas jurídicas, pensamos con la mayoría, no sufren daños morales, puesto que no pueden ellas sufrir la alteración del equilibrio espiritual.

Un sector minoritario (Brebbia) les otorga acción con base en la lesión del denominado "patrimonio extrapecuniario". Y no faltan quienes distinguen y legitiman a las personas jurídicas que no persiguen fines de lucro -asociaciones y fundaciones- (Cifuentes). Nos parece una interpretación forzada. Ellas podrán reclamar por el daño al prestigio comercial, al buen nombre en el mercado, etcétera, pero no por el daño moral-dolor, angustia o desesperación.

Finalmente, señalemos que se trata de un perjuicio de índole "personalísima", que sólo puede otorgar acción a la víctima; de donde no es admisible el ejercicio por la vía subrogatoria, por los acreedores de la víctima; ni tienen acción los herederos, iure hereditatis, cuando el dañado ha omitido accionar en vida. En cambio, cuando el legitimado directo ha promovido la acción resarcitoria, y luego fallece, pueden sus herederos continuarla, sean forzosos o no, legítimos o testamentarios; incluso pueden llevar adelante la acción iniciada el legatario de cuota y la nuera viuda.

Para otro sector de la doctrina (Jornadas Rioplatenses de Derecho, 1991) la transmisión de la acción a los herederos no está condicionada a la promoción de la demanda en vida del damnificado. En particular cuando se demuestra que el difunto, víctima del daño moral, se encontraba imposibilitado para accionar. (p. 109:115).

TÍTULO III
LA SISTEMATIZACIÓN
DE LA INFORMACIÓN
EMPÍRICA
CAPÍTULO III
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN
DE DATOS

TÍTULO III

LA SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN

EMPÍRICA

CAPÍTULO III: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

3.1. FIGURAS DE LOS DATOS SOBRE LOS INFORMANTES

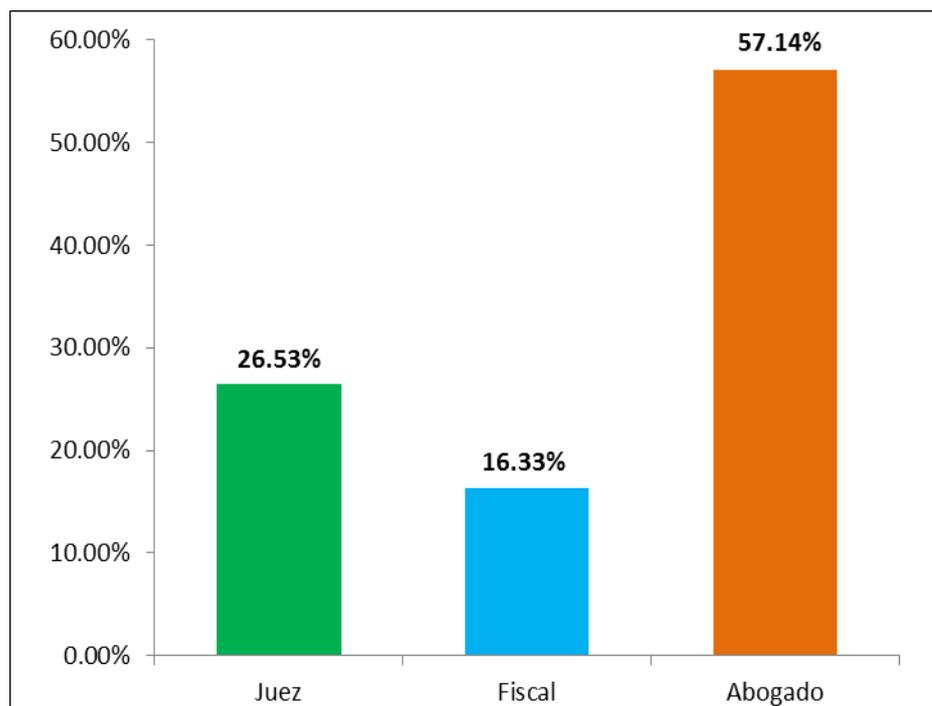
3.1.1. Porcentaje de informantes según el cargo

Tabla N° 01

Descripción	Cantidad	%
Juez	13	26.53%
Fiscal	8	16.33%
Abogado	28	57.14%
TOTAL	49	100.00%

Fuente: Investigación Propia

Figura N° 01



Fuente: Investigación Propia

Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 26.53% de los informantes corresponden a Jueces, el 16.33% corresponde a Fiscales, y el 57.14% corresponde a los Abogados.

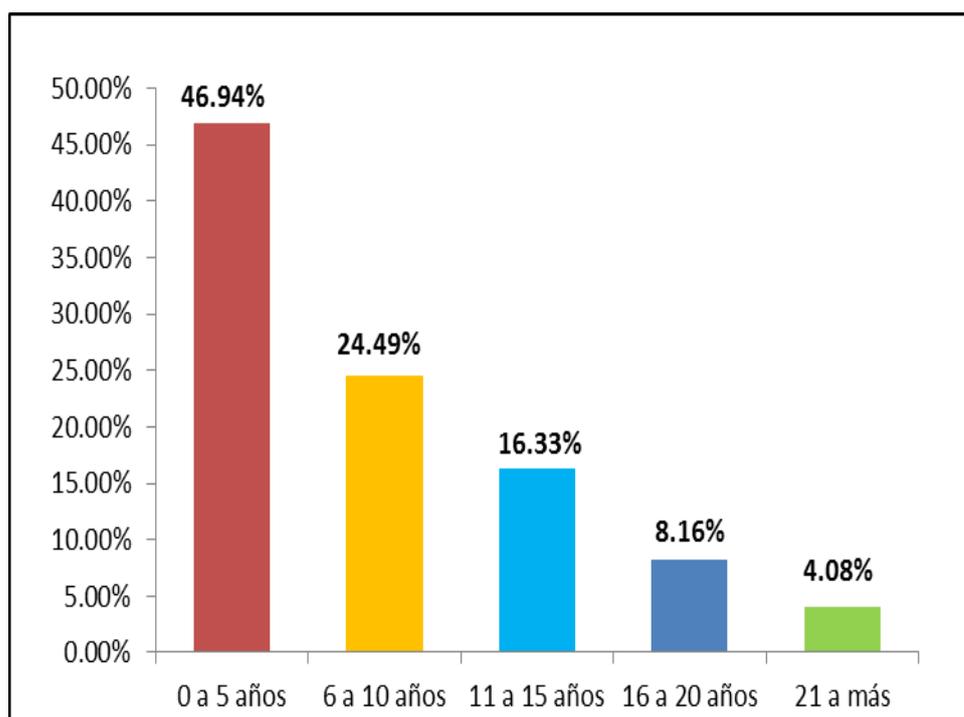
3.1.2. Porcentaje de Informantes según años de experiencia en la Labor desempeñada

Tabla N° 02

Descripción	Cantidad	%
0 a 5 años	23	46.94%
6 a 10 años	12	24.49%
11 a 15 años	8	16.33%
16 a 20 años	4	8.16%
21 a más	2	4.08%
TOTAL	49	100.00%

Fuente: Investigación Propia

Figura N° 02



Fuente: Investigación Propia

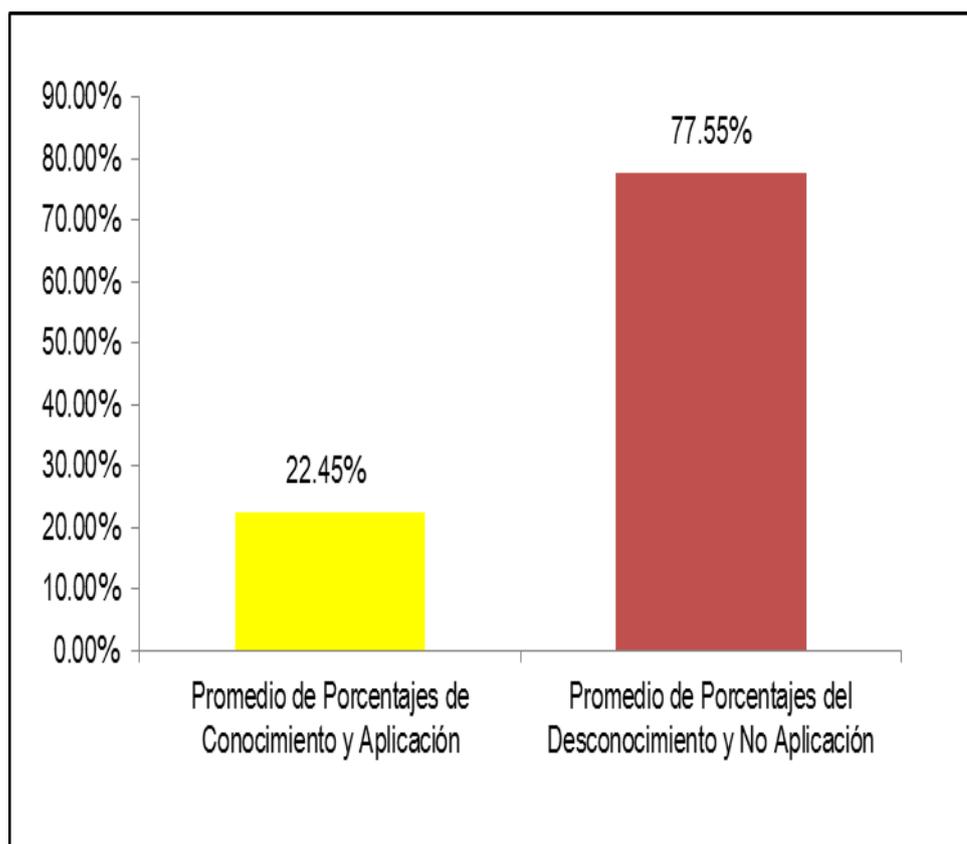
Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos sobre los años de experiencia de los informantes, se puede establecer que el 46.94% fluctúa entre 0 a 5 años, el 24.49% entre 6 a 10 años, 16.33% entre 11 a 15 años, el 8.16% entre 16 a 20 años, y el 4.08% de 21 a más años.

3.2. SITUACIÓN ACTUAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EN EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, RESPECTO A LOS OPERADORES DEL DERECHO

3.2.1. Promedio de porcentaje de Conocimiento y Aplicación, respecto a los planteamientos teóricos.

Figura N° 03



Fuente: Investigación Propia

A. El promedio de porcentaje del Desconocimiento y No Aplicación respecto a los Planteamientos Teóricos es de **77.55 %**.

La prelación individual para cada planteamiento teórico es de:

Tabla N° 03

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	%	Rptas no Contestadas
Filiación	53.06%	26
Reconocimiento voluntario	75.51%	37
Derecho a la identidad biológica	71.43%	35
Lo biológico y lo jurídico	63.27%	31
Proceso monitorio	59.18%	29
Prueba de ADN	71.43%	35
Responsabilidad civil	91.84%	45
La imputabilidad	87.76%	43
La ilicitud o Antijuricidad	83.67%	41
El factor atribución	87.76%	43
El nexo causal	83.67%	41
El daño	79.59%	39
Daño moral	83.67%	41
Principio del interés superior del niño	75.51%	37
Prohibición de la reparación del daño causado en el seno familiar	77.55%	38
Responsabilidad civil en las relaciones de familia	79.59%	39
Teoría del solatium	83.67%	41
Teoría de la superación	75.51%	37
Tesis negativa de indemnizar por falta de reconocimiento de hijo	87.76%	43
Tesis positiva de indemnizar por falta de reconocimiento de hijo	79.59%	39
Promedio de % de desconocimiento y no aplicación	77.55%	
Cantidad de Rptas. no contestadas		760

Fuente: Investigación Propia

B. El promedio de porcentaje de Conocimiento y Aplicación respecto a los Planteamientos Teóricos es de **22.45%**.

La prelación individual para planteamiento teórico básico es de:

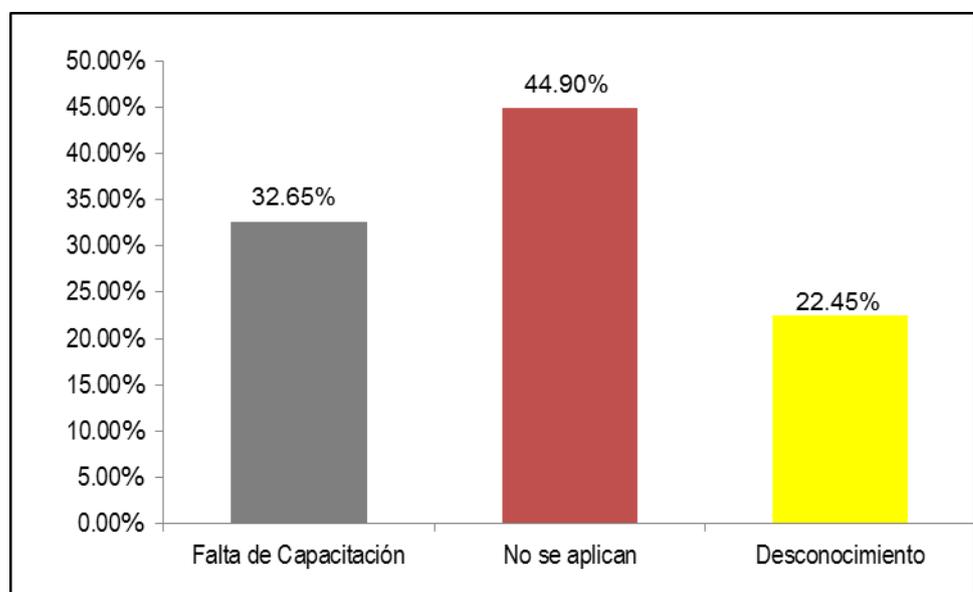
Tabla N° 04

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	Rptas Contestadas	%
Filiación	23	46.94%
Reconocimiento voluntario	12	24.49%
Derecho a la identidad biológica	14	28.57%
Lo biológico y lo jurídico	18	36.73%
Proceso monitorio	20	40.82%
Prueba de ADN	14	28.57%
Responsabilidad civil	4	8.16%
La imputabilidad	6	12.24%
La ilicitud o Antijuricidad	8	16.33%
El factor atribución	6	12.24%
El nexos causal	8	16.33%
El daño	10	20.41%
Daño moral	8	16.33%
Principio del interés superior del niño	12	24.49%
Prohibición de la reparación del daño causado en el seno familiar	11	22.45%
Responsabilidad civil en las relaciones de familia	10	20.41%
Teoría del solatium	8	16.33%
Teoría de la superación	12	24.49%
Tesis negativa de indemnizar por falta de reconocimiento de hijo	6	12.24%
Tesis positiva de indemnizar por falta de reconocimiento de hijo	10	20.41%
Promedio de % de conocimiento y aplicación		22.45%
Cantidad de Rptas. contestadas	220	

Fuente: Investigación Propia

3.2.2. Razones del Promedio de Porcentaje del Desconocimiento y No Aplicación respecto de los Planteamientos Teóricos.0

Figura N° 04



Fuente: Investigación Propia

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 32.65% de los informantes consideran que la razones del promedio de porcentaje del desconocimiento y no aplicación respecto de los planteamientos teóricos es por falta de capacitación, el 44.90% de los informantes consideran que no se aplican y el 22.45% consideran que es por desconocimiento.

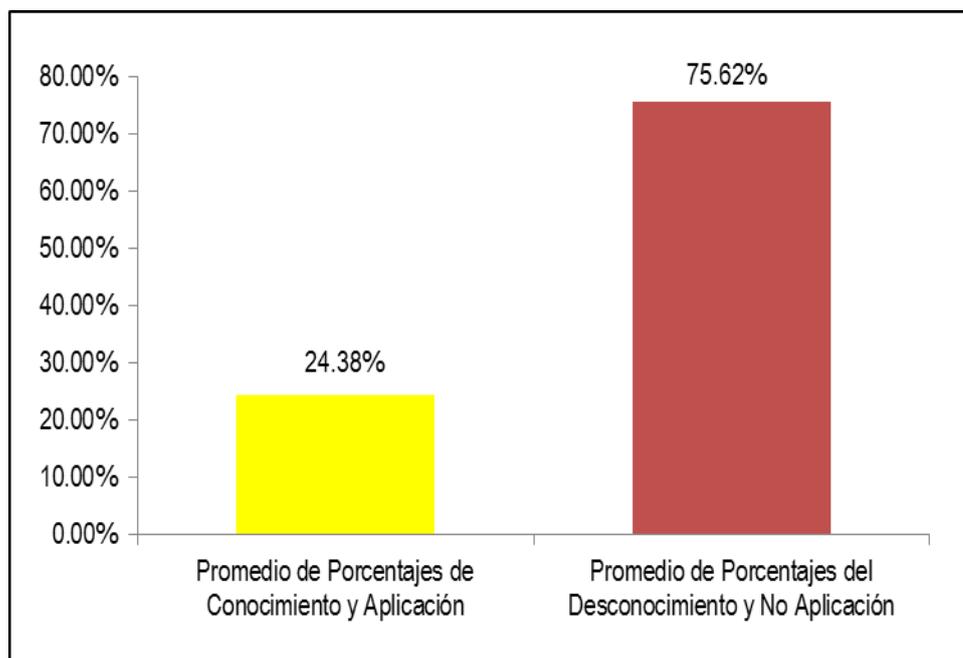
Tabla N° 05

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de Capacitación	16	32.65%
No se aplican	22	44.90%
Desconocimiento	11	22.45%
INFORMANTES	49	100.00%

Fuente: Investigación Propia

3.2.3. Promedio de Porcentaje de Conocimiento y Aplicación respecto a las Normas

Figura N° 05



Fuente: Investigación Propia

A. El promedio de porcentaje del Desconocimiento y No Aplicación respecto de las Normas es de **75.62 %**.

La prelación individual para cada norma es de:

Tabla N° 06

NORMAS	%	Rptas no Contestadas
Artículo 1 de la Constitución Política del Perú	71.43%	35
Inciso 1 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú	79.59%	39
Inciso 2 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú	67.35%	33
Artículo 4 de la Constitución Política del Perú	63.27%	31
Artículo 6 de la Constitución Política del Perú	71.43%	35
Artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos	77.55%	38
Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	75.51%	37
Inciso 1 del Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño	71.43%	35
Inciso 1 del Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño	75.51%	37
Artículo 1 de la Ley 28457	83.67%	41
Artículo 2 de la Ley 28457	71.43%	35
Artículo 387 del Código Civil	71.43%	35
Artículo 388 del Código Civil	75.51%	37
Artículo 390 del Código Civil	75.51%	37
Inciso 6 del Artículo 402 del Código Civil	67.35%	33
Artículo 1322 del Código Civil	83.67%	41
Artículo 1969 del Código Civil	87.76%	43
Artículo 1984 del Código Civil	91.84%	45
Promedio de % de desconocimiento y no aplicación	75.62%	
Cantidad de Rptas. no contestadas		667

Fuente: Investigación Propia

B. El promedio de porcentaje de Conocimiento y Aplicación respecto de las Normas es de **24.38%**.

La prelación individual para cada norma es de:

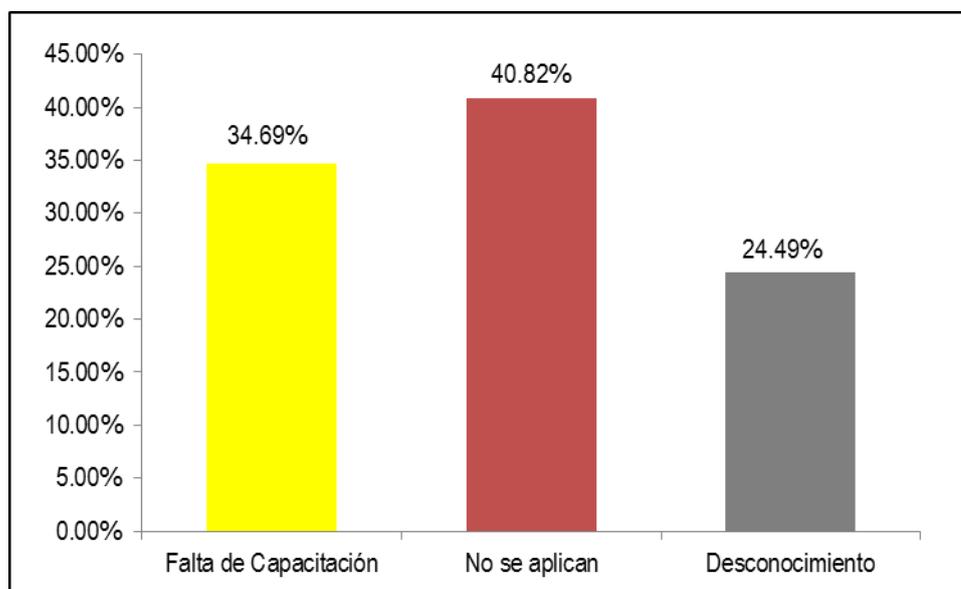
Tabla N° 07

NORMAS	Rptas Contestadas	%
Artículo 1 de la Constitución Política del Perú	14	28.57%
Inciso 1 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú	10	20.41%
Inciso 2 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú	16	32.65%
Artículo 4 de la Constitución Política del Perú	18	36.73%
Artículo 6 de la Constitución Política del Perú	14	28.57%
Artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos	11	22.45%
Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	12	24.49%
Inciso 1 del Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño	14	28.57%
Inciso 1 del Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño	12	24.49%
Artículo 1 de la Ley 28457	8	16.33%
Artículo 2 de la Ley 28457	14	28.57%
Artículo 387 del Código Civil	14	28.57%
Artículo 388 del Código Civil	12	24.49%
Artículo 390 del Código Civil	12	24.49%
Inciso 6 del Artículo 402 del Código Civil	16	32.65%
Artículo 1322 del Código Civil	8	16.33%
Artículo 1969 del Código Civil	6	12.24%
Artículo 1984 del Código Civil	4	8.16%
Promedio de % de conocimiento y aplicación		24.38%
Cantidad de Rptas. contestadas	215	

Fuente: Investigación Propia

3.2.4. Razones del Promedio de Porcentaje del Desconocimiento y No Aplicación respecto a las Normas

Figura N° 06



Fuente: Investigación Propia

Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 34.69% de los informantes consideran que la razones del promedio de porcentaje del desconocimiento y no aplicación respecto de las normas es por falta de capacitación, el 40.82% de los informantes consideran que no se aplican, y el 24.49% consideran que es por desconocimiento.

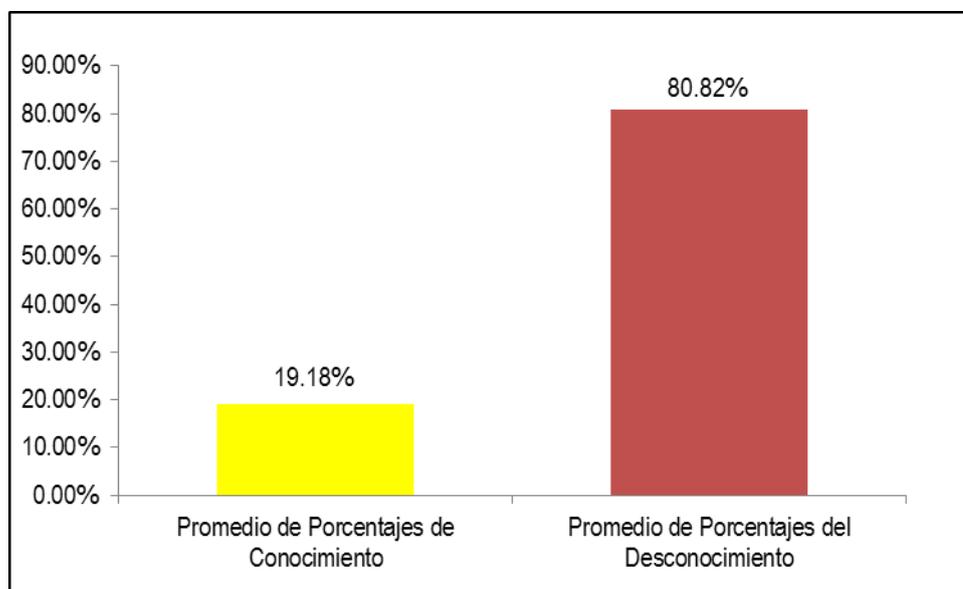
Tabla N° 08

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de Capacitación	17	34.69%
No se aplican	20	40.82%
Desconocimiento	12	24.49%
INFORMANTES	49	100.00%

Fuente: Investigación Propia

3.2.5. Promedio de Porcentaje de Conocimiento y Aplicación respecto de la Legislación Comparada

Figura N° 07



Fuente: Investigación Propia

A. El promedio de porcentaje del Desconocimiento y No Aplicación respecto de la Legislación comparada es de **80.82 %**

La prelación individual para cada norma de la legislación comparada es de:

Tabla N° 09

LEGISLACIÓN COMPARADA	%	Rptas no Contestadas
Artículo 1382 del Código Civil Francés	75.51%	37
Artículo 1902 del Código Civil Español	79.59%	39
Artículo 1196 del Código Civil Venezolano	79.59%	39
Artículo 1916 del Código Civil Mexicano	83.67%	41
Artículo 1078 del Código Civil de Argentina	85.71%	42
Promedio de % de desconocimiento y no aplicación	80.82%	
Cantidad de Rptas. no contestadas		198

Fuente: Investigación Propia

B. El promedio de porcentaje de Conocimiento y Aplicación respecto de la Legislación Comparada es de **19.18%**.

La prelación individual para cada norma de la legislación comparada es de:

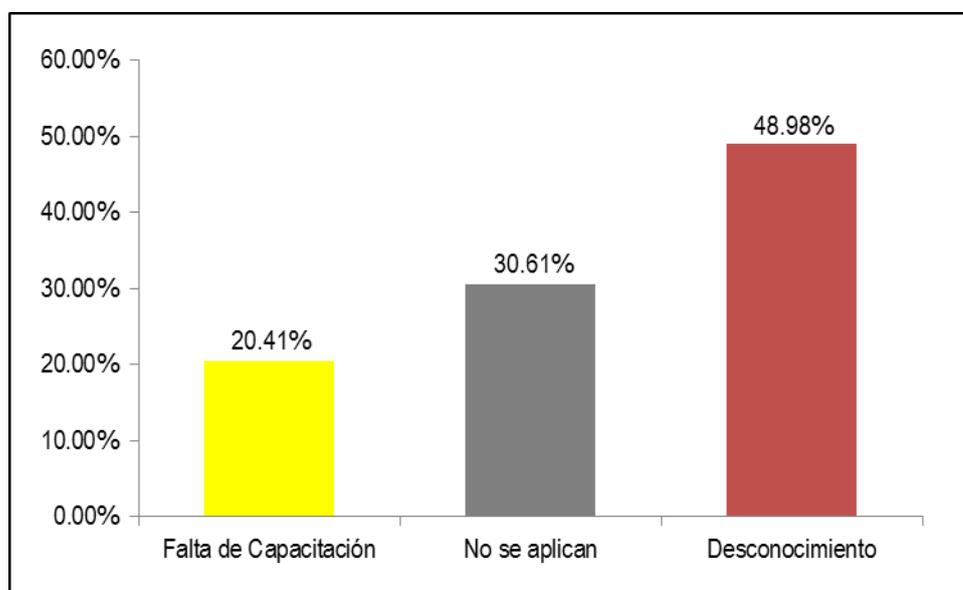
Tabla N° 10

LEGISLACIÓN COMPARADA	Rptas Contestadas	%
Artículo 1382 del Código Civil Francés	12	24.49%
Artículo 1902 del Código Civil Español	10	20.41%
Artículo 1196 del Código Civil Venezolano	10	20.41%
Artículo 1916 del Código Civil Mexicano	8	16.33%
Artículo 1078 del Código Civil de Argentina	7	14.29%
Promedio de % de conocimiento y aplicación		19.18%
Cantidad de Rptas. contestadas	47	

Fuente: Investigación Propia

3.2.6. Razones del Promedio de Porcentaje del Desconocimiento y No Aplicación respecto de la Legislación Comparada

Figura N° 09



Fuente: Investigación Propia

Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 20.41% de los informantes consideran que la razones del promedio de porcentaje del desconocimiento y no aplicación respecto de la legislación comparada es por falta de capacitación, el 30.61% de los informantes consideran que no se aplican, y el 48.98% consideran que es por desconocimiento.

Tabla N° 11

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de Capacitación	10	20.41%
No se aplican	15	30.61%
Desconocimiento	24	48.98%
INFORMANTES	49	100.00%

Fuente: Investigación Propia

3.3. PRUEBA DE HIPÓTESIS

En la Hipótesis de investigación hemos sostenido que la falta de reconocimiento voluntario del padre o la madre de un hijo extramatrimonial, deviene en un daño moral resarcible así como se vulnera el derecho a la identidad y a la dignidad de la persona humana, por ende el trabajo de campo realizado a los jueces, fiscales y abogados en materia familiar, tenemos como resultado el desconocimiento y no aplicación de los planteamientos teóricos, de las normas y de la legislación comparada, es decir en un 78%, siendo solo el conocimiento y aplicación en un 22%, a continuación se muestra al detalle:

Descripción	Desconocimiento y No Aplicación	Conocimiento y Aplicación	Total
Planteamientos Teóricos	77.55%	22.45%	100%
Normas	75.62%	24.38%	100%
Legislación Comparada	80.82%	19.18%	100%
Total	78.00%	22.00%	100%

Las razones por las cuales se desconoce y no se aplica los planteamientos teóricos, normas y legislación comparada tenemos en general que un 29.25% es por falta de capacitación, un 38.78% indican los encuestados que no se aplican, y un 31.97% han referido que desconocen, a continuación se muestra al detalle.

Descripción	Planteamientos Teóricos	Normas	Legislación Comparada	Promedio
Falta de Capacitación	32.65%	34.69%	20.41%	29.25%
No se aplican	44.90%	40.82%	30.61%	38.78%
Desconocimiento	22.45%	24.49%	48.98%	31.97%
Total	100%	100%	100%	100%

Finalmente se debe indicar que para contrastar la hipótesis, se ha aplicado un cuestionario a los jueces, fiscales y abogados en materia familiar, ya que estos los operadores del derecho que facilitan que se pruebe la hipótesis, por el conocimiento que tienen en la rama del derecho.

CONCLUSIONES

1. Nuestra normatividad nos ha referido claramente que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. Por ende el daño es el elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio, tenemos entonces para nuestra investigación se adecúa a una responsabilidad civil extracontractual.
2. El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es una obligación de ambos padres, y el hecho de no reconocer incumple su deber para con su hijo, aunado a ello se vulnera el derecho a la identidad, así como la dignidad de la persona, en consecuencia ese daño ocasionado debe ser sin lugar a dudas resarcible.
3. Es evidente que el Código Civil regula la responsabilidad civil, sin embargo esto es su forma general, por lo que no se evidencia en específico el hecho de que se demande a uno de los padres o a ambos indemnizar a quien ha ocasionado por vulnerar su derecho a la identidad.
4. Al ocasionar un daño moral por el hecho de no reconocer a un hijo, estaríamos mediante una conducta contraria al ordenamiento legal, por lo que nuestros jueces deben de dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley o por vacío.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a la comunidad jurídica, que si bien es cierto no existe en nuestra legislación una norma expresa sobre la materia, ello no es necesario, ni impide la interposición de acción legal por resarcimiento del daño ocasionado al menor, puesto que nuestra normatividad y en virtud de la legislación internacional sobre protección al menor de edad, tanto la madre o la persona menor o su representante cuentan con la legitimación para reclamar indemnización por la responsabilidad civil derivada de la falta de reconocimiento voluntario del menor, más aún, si este se niega a realizar la prueba biológica de paternidad.
2. Se recomienda a los operadores del derecho, los jueces y especialistas judiciales, que en virtud de mandato constitucional artículo 139, inc. 8, el juez no debe de dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, en tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario, en este sentido, la aplicación de los principios del derecho de daño y responsabilidad civil, considera en este materia, en el que la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial se trata de un caso de responsabilidad subjetiva, directa y extracontractual; asimismo la aplicación de los tratados y la legislación internacional, que priorizan la identidad del menor, así como, la primacía del interés superior del niño, y por último, tomando en cuenta además, las teorías a favor del resarcimiento del daño en esta materia, tal como la teoría positiva, esta pretensión debe ser tramitada y aceptada por los juzgados a fin de resolver conforme estos criterios

3. Se recomienda al legislador, que la norma civil no expresa lineamientos ni procedimiento a seguir en estos casos, por lo que es pertinente tomar en cuenta lo señalado por la Legislación Extranjera en esta materia, tal y como, lo indica la legislación francesa, española y en nuestra región, la pionera en ella, la argentina, venezolana y mexicana, a fin de que el juzgador tenga claros los parámetros que la ley prescriba a fin de no desamparara la pretensión del menor o de la madre o representante en referencia a su identidad y derecho conforme a las normas internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Acero, B. y García, J. C. (1984). *La prueba en la filiación*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia
- Albaladejo, M. (2001). *Curso de Derecho Civil: Derecho de Familia*. Novena Edición. Buenos Aires. DePalma.
- Alston, P. (ed.), *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture*. California.
- Arias, José. (1943) Derecho de Familia, Bs. As., pág. 22.
- Arias, Max (2001). *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. T. VIII. Lima: Gaceta Jurídica. Primera Edición.
- Bautista, P. y Herrero, J. (2007). *Manual de Derecho de Familia*, Lima: Ediciones Jurídicas. Segunda reimpresión.
- Bonilla, X. y Guerrero, G.. (1987). *Filiación extramatrimonial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia
- Borrás, A. (1994). *El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*. Revista Jurídica de Cataluña, nº. 4.
- Bossert, G. A. y Zanoni, E. A. (1989). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea
- Brebbia, Roberto H. (1990) "Derecho de Familia" (libro homenaje a María Josefa Mendez Costa) pág. 356 Edit. Rubinzal Culzoni
- Castillo, M. del Pilar. La Penalización de la Violencia Familiar. En:<http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=1538>. Publicado el 11/07/2008.
- Chacón, Mauricio (2008). *La intervención de las personas menores de edad en la filiación*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Cicu, A. (1930). *La Filiación*. Madrid, Editorial de Derecho Privado.
- Cillero, M. (1994). *Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile en Pilotti*, Francisco (ed.), *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*: Instituto Interamericano del Niño, Montevideo

- Cillero, Miguel. (1998). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Bogotá
- Cornejo, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Décima Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.R.L.
- Corral, H. (2005). *Derecho y derecho de la familia*. Lima: Editorial Grijley. Primera Edición febrero
- De Trazegnies, F. (2005). *La Responsabilidad Extracontractual en la historia del Derecho Peruano*. Lima: En Themis – Revista de Derecho Nº 50.
- Dolz-Lago, M. J. (1996). *El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992*. Revista Jurídica la Ley, Nº. 3955, Enero.
- Doménico BARBERO, (1967) *Sistema de Derecho Privado*, Buenos Aires, EJEA
- Donati, Pierpaolo. (2004) *Manual de sociología de la familia*. España: EUNSA
- Dworkin, Ronald, (1989) *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed.
- Escrache, Joaquín, (1884) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Paris, Librería del Ch. Bouret
- Espin, Diego, (1962) *Manual de Derecho Civil Español*. 7ma Edición Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, V. 4
- Espinoza, J. (2006). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Cuarta edición.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta
- Fischer, H. A (1982). *Los Daños Civiles y su Reparación*. Traductor W. Rocés. Madrid-España.
- Fueyo, F. (1958). *Derecho Civil, De las Obligaciones*. T. IV. Santiago de Chile: Rubinzal Culzoni. 1 Cámara 1a. Civil y Comercial de San Nicolás,

22-12-94-cit Revista de Derecho Privado y comunitario. Santa Fe:,
Nº 11

- García, E. (1997). *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Santa Fe de Bogotá: Forum Pacis
- García, V. (2001). *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Lima: Editorial Gráfica Horizonte. Edición febrero.
- Joyal, R. (1991) *La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant. Revue Internationale de Droit Penal*, Nº. 3-4
- Koontz H. y Weinrich H. (1998). *Administración una perspectiva global*, 11ava edición, México, Mc Graw Hill
- Larraín, J., (1996). *Modernidad, Razón e Identidad en América Latina*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- Le Tourneau, P. (2004). *La responsabilidad*. Traducción del francés de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis Editores S.A.
- León Bonel y Sánchez (1891), *Código Civil Español, Concordado Y Comentado Con El Derecho Foral Vigente En Cataluña, Aragón, Navarra*. T. IV, Barcelona: Asalto.
- Mallqui, M. y Momethiano, E. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: Editorial San Marcos.
- Medina, Graciela. (2008). *Daños en el Derecho de Familia*. 2da Ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Méndez Costa, María Josefa, (1986) *La Filiación*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni,
- Mosset, J. y Piedecabras M. A. (2005). *Código Civil Comentado: Responsabilidad Civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Olortegui, R. I. (2005) *Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial*. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial.UNMSM
- Osterling Y Castillo, (2002). *Tratado de las Obligaciones. En: Biblioteca para leer el Código Civil*. V. XVI, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte, T. X

- Peces-Barba, G., (1987). *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid: Debate.
- Peirano Facio J. (1981). *Responsabilidad Extracontractual*. Lima: Editorial Temis.
- Peralta Andía Javier Rolando. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Cuarta edición.. Lima: Editorial IDEMSA
- Picazo, L. D. (2001). *Sistema de Derecho Civil*. V. IV Derecho de Familia, Octava edición.
- Plácido, A. (2006). *El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional*. En: Cuadernos Jurisprudenciales, Lima: Gaceta Jurídica, N° 62, año 6.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1996). *Derecho Civil*. Traducción de Leonel Pereznieto Castro. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana.
- Ramella, P. A. (1980). *Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Depalma
- Rivero, F. (2000). *El interés del menor*. Madrid: Ed. Dykinson.
- Roca, E. (1994). *El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*. Revista Jurídica de Cataluña, N° 4
- Sambrizzi, E. A. (2001). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial La Ley S.A.
- Sánchez, C. (1999). *Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión*. Actualidad Civil. N° 12, Marzo
- Santamaría, C. (1996). *Filiación extramatrimonial*. Bogotá: Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- Silva, P. (1987) El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial in vivo e in Vitro, en Revista de Derecho Privado T. LXXI, Madrid
- Soto, M. A. (1990) *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Astrea
- Taboada, L. (2001). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Grijley.

- Torrealba, F. (2011). *Responsabilidad Civil*. San José de Costa Rica: Editorial Juricentro. 1ra edición.
- Varsi Rospigliosi E. (1999) *Filiación Derecho y Genética*. Universidad de Lima. Diseño y Edición: Fondo de Desarrollo Editorial. Primera Edición
- Varsi, E. (2001). *Derecho Genético*. Cuarta Edición. Lima: Editorial Grijley
- Vila-Coro, M. D. (1995). *Introducción a la biojurídica*. Madrid:Universidad Complutense de Madrid

ANEXO

CUESTIONARIO

DIRIGIDO A LOS JUECES, ESPECIALISTAS LEGALES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

Le agradecemos responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan identificar las causas del problema respecto a la responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial. A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I. GENERALIDADES: INFORMANTES

1.1. Ocupación:

- Juez ()
Fiscal ()
Abogado ()

1.2. Años de experiencia :

- 0 a 5 años () 6 a 10 años ()
11 a 15 años () 16 a 20 años ()
21 a más ()

II. OPERADORES DEL DERECHO

2.1. De los siguientes conceptos que se consideran básicos; marque con una equis (x) todos los que se aplica en la responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial.

- a) **Filiación.**- Filiación es el hecho de la generación por nacimiento de una persona llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llaman progenitores. ()
- b) **Reconocimiento voluntario.**- acto jurídico que contiene una declaración formal de la paternidad o maternidad, hecha por el padre o la madre, con referencia a un hijo determinado, concretamente, habido fuera del matrimonio ()
- c) **Derecho a la identidad biológica.**- El ser humano es un conjunto celular y genómico. La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores. ()
- d) **Lo biológico y lo jurídico.**- Lo biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. ()
- e) **Proceso monitorio.**- Es un proceso especial ex code, no tratado en el Código Procesal Civil. ()

- f) **Prueba de ADN.**- Es un medio efectivo para esclarecer la filiación, sirve para la demostración de lo alegado. ()
- g) **Responsabilidad civil.**- técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras instituciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado ()
- h) **La Imputabilidad.**- entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.()
- i) **La Ilícitud o Antijuridicidad.**- vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico. ()
- j) **El Factor Atribución.**- el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto. ()
- k) **El Nexa Causal.**- concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido ()
- l) **El Daño.**- efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido, en sustancia interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza”. ()
- m) **Daño Moral.**- es concebido como aquel que afecta los valores afectivos de la víctima o de sus familiares. ()
- n) **Principio del interés superior del niño.**- Principio-garantía que se establece como el fiel de la balanza para dirimir conflictos de derechos o interpretaciones en el marco de todos los derechos que se le reconocen a la infancia. ()
- o) **Prohibición de la reparación del daño causado en el seno familiar.**- el fundamento se apoyaba en la protección de la estructura familiar, la cual podía resultar vulnerada ante la exteriorización de daños producidos entre sus integrantes en el mundo íntimo. ()
- p) **Responsabilidad civil en las relaciones de familia.**- se tiene en consideración las características de la familia actual, dentro de la cual sus miembros se relacionan en un plano de libertad e igualdad y, bajo el respeto de dos valores fundamentales, el amor y la humanidad. ()
- q) **Teoría del solatium.**- una indemnización patrimonial por daños morales hace posible la satisfacción de intereses y aspiraciones personales. ()
- r) **Teoría de la superación.**- supone una activa participación en la compensación de la víctima del daño. Es esa quien debe superar el daño moral sufrido. La compensación en dinero es una indemnización que solo ayuda a superar el daño moral irrogado, no es el pago por una reacción subjetiva a un sentimiento desagradable. ()
- s) **Tesis negativa de indemnizar por falta de reconocimiento de hijo.**- el reconocimiento es un acto voluntario, no obligatorio, y si no es ejercido no puede generar obligación de reparar. ()

- t) **Tesis positiva de indemnizar por falta de reconocimiento de hijo.**- el reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado arbitrariamente. ()

2.2. De las siguientes alternativas; marque con una (x) la razón o causa por lo que no ha marcado en la pregunta anterior (solo una)

- a) Falta de capacitación ()
b) No se aplican ()
c) Desconocimiento ()

2.3. De las siguientes Normas que se consideran básicos; marque con una equis (x) todos los que se aplica en la responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial

- a) **Artículo 1 de la Constitución Política del Perú.**- la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. ()
- b) **Inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.**- toda persona tiene derecho [...] a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...] ()
- c) **Inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.**- toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la Ley. ()
- d) **Artículo 4 de la Constitución Política del Perú.**- “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre [...] en situación de abandono”. ()
- e) **Artículo 6 de la Constitución Política del Perú.**- “es política del Estado difundir y promover la paternidad y la maternidad responsables”. ()
- f) **Artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.**- todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. ()
- g) **Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**- toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos (...) ()
- h) **Inciso 1 del Artículo 3 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 ()
- i) **Inciso 1 del Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.**- el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas ()

- j) **Artículo 1 de la Ley 28457.-** quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. ()
- k) **Artículo 2 de la Ley 28457.-** la oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El costo de la prueba es abonado por la parte demandada. ()
- l) **Artículo 387 del Código Civil.-** el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial. ()
- m) **Artículo 388 del Código Civil.-** el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos. ()
- n) **Artículo 390 del Código Civil.-** el reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento. ()
- o) **Inciso 6 del Artículo 402 del Código Civil.-** la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o a través de la prueba de ADN (...). ()
- p) **Artículo 1322 del Código Civil.-** el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento. ()
- q) **Artículo 1969 del Código Civil.-** aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...). ()
- r) **Artículo 1984 del Código Civil.-** el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia. ()

2.4. De las siguientes alternativas; marque con una (x) la razón o causa por lo que no ha marcado en la pregunta anterior (solo una)

- a) Falta de capacitación ()
- b) No se aplican ()
- c) Desconocimiento ()

2.5. De la siguiente Legislación Comparada que se consideran básicos; marque con una equis (x) todos los que conoce y se debería aplicar en la responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial

- a) **Artículo 1382 del Código Civil Francés.-** todo hecho cualquiera del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo. ()
- b) **Artículo 1902 del Código Civil Español.-** el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. ()
- c) **Artículo 1196 del Código Civil Venezolano.-** la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el

acto ilícito. El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima, en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o las de su familia (...)

()

d) **Artículo 1916 del Código Civil Mexicano.-** por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero. ()

e) **Artículo 1078 del Código Civil de Argentina.-** la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agraviado moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo (...).

()

2.6. De las siguientes alternativas; marque con una (x) la razón o causa por lo que no ha marcado en la pregunta anterior (solo una)

a) Falta de capacitación ()

b) No se aplican ()

c) Desconocimiento ()