



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**



**ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**

**“EL DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL A LOS
MENORES QUE HAN RECIBIDO UN RECONOCIMIENTO TARDÍO POR
PARTE DE SUS PROGENITORES EN UN PROCESO DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL”**

TESIS

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

AUTORA:

YESSICA DEL CARMEN PUPUCHE SENADOR

ASESOR:

Mg. OSCAR RAMON VILCHEZ VELEZ

LAMBAYEQUE – PERÚ

2017

**“EL DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL A LOS MENORES
QUE HAN RECIBIDO UN RECONOCIMIENTO TARDÍO POR PARTE DE SUS
PROGENITORES EN UN PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL”**

**YESSICA DEL CARMEN PUPUCHE SENADOR
AUTOR**

**Mg. OSCAR RAMON VILCHEZ VELEZ
ASESOR**

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro
Ruiz Gallo para optar el Grado de: **MAGISTER EN DERECHO CON
MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL.**

APROBADO POR:

**Dr. Miguel Arcangel Arana Cortez
PRESIDENTE DEL JURADO**

**Mg. Carlos Manuel Antenor Cevallos De Barrenechea
SECRETARIO DEL JURADO**

**Mg. Leopoldo Yzquierdo Hernandez
VOCAL DEL JURADO**

DEDICATORIA

A aquellas personas que siempre me han acompañado en este largo camino de justicia y de verdad, y quienes siempre han sido mi mayor motivación en esta vida, Mis padres y mi hijo.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por iluminarme en este enorme camino de luchas y adversidades, a mis familiares y docentes universitarios por compartir un pequeño grano de arena de este inmenso mar del derecho.

RESUMEN

En el Perú contamos con varios medios alternativos de solución en cuanto a problemas familiares; sin embargo cuando estos procesos llegan a instancias judiciales y específicamente en el caso de este estudio al proceso de filiación extramatrimonial nos encontramos con que el menor que ve afectada su identidad ante la negativa de su progenitor a reconocerlo voluntariamente no se contempla en ningún cuerpo normativo, la figura de una indemnización ante el daño que se le está ocasionando a los hijos que no son reconocidos voluntariamente, allí el génesis de esta investigación, la misma que tiene como objetivo principal la dación de una norma que contemple el derecho a una indemnización a los hijos que tienen que iniciar un proceso de filiación extramatrimonial para obtener el reconocimiento que por derecho le corresponde.

Además de lo antes mencionado, esta investigación también va direccionada a determinar si los daños producidos a los hijos que no son reconocidos voluntariamente ameritan necesariamente una indemnización.

En la presente investigación trataremos de analizar y explicar la problemática existente, comprendida a raíz de la omisión que hacen los progenitores al no reconocer de manera voluntaria a sus hijos y esperar que estos inicien un proceso de filiación extramatrimonial por lo cual creo que estos deben pagar una indemnización por el daño moral que se les ocasiona a estos menores, este tema tiene mucha relevancia en nuestra sociedad ya que se están vulnerando derechos como es el de la identidad, a tener una familia, problemática que amerita una pronta solución.

PALABRAS CLAVE: Indemnización, daño moral, reconocimiento tardío, filiación extramatrimonial.

ABSTRAC.

In Peru there is no seizure when these processes reach court and specifically in the case of this study to the process of negative extramarital filiation of their parent to recognize voluntarily is not contemplated in any other normative document the figure of compensation for damage that is caused to children who are not recognized voluntarily, there is the genesis of this investigation, which has as its main objective the giving of a rule that includes the right to compensation to children who have to initiate a filiation process extramarital to obtain the recognition that by right corresponds to him.

In addition to that, before, this investigation was also directed to the determination of damages caused by children who were not recognized voluntarily necessarily require compensation.

Currently, the investigation and analysis of the existing problems comprise a root of the omission that makes parents do not recognize the voluntary way of their children and have them in a process of extramarital filiation for what they believe they should pay compensation for the moral damage that is occasionally to these children, this issue is very important in our society and that is violating rights such as identity, to have a family, a problem that warrants a prompt solution.

KEY WORDS: Compensation, moral damage, late recognition, extramarital filiation.

INTRODUCCIÓN.

El tema del presente trabajo está referido a la regulación de una norma que contemple la figura de una indemnización por daño moral a los hijos que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores ante la falta de reconocimiento paterno de los hijos, cuestión que incluye los supuestos en los cuales el padre se sustrae a reconocer voluntariamente a su descendencia, aun cuando este sabe que es el verdadero padre del menor y niega tal hecho.

El objetivo de la presente investigación está dirigida a propiciar la incorporación de una norma que regule la indemnización por daño moral a los hijos que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores ante la omisión del reconocimiento de la paternidad voluntaria del hijo en nuestro Código Civil y además determinar los daños producidos en la persona del hijo no reconocido voluntariamente.

Lo que finalmente se buscará es dilucidar en este trabajo si el reconocimiento tardío de la paternidad puede por sí mismo ocasionar daños en el sujeto no reconocido, qué tipos de daños son susceptibles de ser infringidos y si esos daños deben o no ser reparados a través del pago de una indemnización.

El presente trabajo se ha dividido en capítulos: el primero abarcará lo correspondiente al problema de la investigación, antecedentes, etc; el

segundo capítulo contendrá lo respectivo al marco teórico, citando a cada uno de los autores y sus libros los mismos que ayudaron al desarrollo de la presente tesis; en el tercer capítulo tenemos los resultados de la investigación a través de cuadros estadísticos y la encuesta que se aplicó, el cuarto capítulo se contemplan las conclusiones a las que se han llegado, en el quinto capítulo tenemos las recomendaciones; en el sexto capítulo corresponde a la bibliografía y finalmente en el último capítulo tenemos los anexos que resultaron de la presente investigación.

INDICE

Contenido

DEDICATORIA	333
AGRADECIMIENTO	444
RESUMEN.....	555
ABSTRAC.	666
INTRODUCCIÓN.....	777
CAPITULO I.....	12
1. DESCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL PROBLEMA.....	12
1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	12
1.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.....	12
1.1.2. A NIVEL NACIONAL.....	151515
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	191919
1.2.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	20
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.	21
1.3.1. IMPORTANCIA.	21
1.4. HIPOTESIS.	21
1.5. OBJETIVOS Y FINALIDAD	22
1.5.1. Objetivo general.	22
1.5.2. Objetivos específicos.	22
1.5.3. Finalidad.	22
1.6. VARIABLES.....	23
1.6.1. Variable independiente	23
1.6.2. Variables dependientes	23
CAPITULO II	24
2. MARCO TEÓRICO.....	24
2.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL	24
2.1.1. Definición de Responsabilidad Civil.	24
2.1.2. Evolución histórica de la Responsabilidad Civil.....	25
2.1.2.1. Noción.	28
2.1.3. Responsabilidad Extracontractual.	30
2.1.3.1. Concepto.	30
2.1.4. Función de la Responsabilidad Civil.....	31
2.1.5. Elementos de la Responsabilidad Civil.....	33
2.1.6. Tendencias modernas sobre Responsabilidad.	33
2.1.7. Responsabilidad de los progenitores ante la falta de reconocimiento de la filiación del hijo extramatrimonial.	39
2.1.7.1. Antijuricidad.	39
2.1.7.2. Daño.	41
2.1.7.2.1. El daño. Teorías.	43
2.1.7.2.2. El daño cierto.	49
2.1.7.2.2.1. El daño efectivo.....	49
2.1.7.2.2.2. El daño indirecto.	50
2.1.7.2.2.3. El daño futuro.	51
2.1.7.2.3. El daño probado.	53
2.1.7.2.3.1. La probanza del daño.	53
2.1.7.3. Factor de atribución.....	54
2.2. LA INDEMNIZACIÓN.....	54
2.2.1. Concepto.	54

2.2.2.	Evolución de la indemnización por daño moral en el Perú.	60
2.2.2.1.	Problemas pendientes. Su solución a la luz del derecho comparado. ...	62
2.2.3.	Naturaleza y fundamento de la Responsabilidad Paterna ante la falta de reconocimiento voluntario.....	67
2.2.4.	Daño Moral en el Código Civil.	69
2.2.4.1.	El Daño Moral En La Responsabilidad Civil extracontractual.	70
2.2.4.2.	Valuación Del Daño Moral.....	71
2.2.5.	La Responsabilidad Civil En El Derecho De Familia.....	73
2.2.6.	FILIACIÓN.	73
2.2.6.1.	Concepto.	73
2.2.6.2.	EL RECONOCIMIENTO.....	74
2.2.7.	DERECHOS DEL MENOR.....	75
2.2.7.1.	Los Derechos Del Menor Frente A La Filiación.....	75
2.2.7.2.	Responsabilidad Ante La Falta De Reconocimiento Paterno.	77
2.2.7.3.	Responsabilidad Materna Ante La Inacción Judicial Para Lograr El Reconocimiento.	79
	CAPITULO III.....	85
3.	ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS.....	85
3.1.	DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS.	85
3.2.	POBLACIÓN Y MUESTRA.....	85
3.2.1.	Delimitación del Universo.....	85
3.2.1.1.	Delimitación temporal.....	85
3.2.1.2.	Delimitación espacial.	85
3.2.1.3.	Población.....	85
3.2.1.4.	Muestra.....	86
3.3.	ENCUESTA.	87
3.4.	CUADROS ESTADISTICOS DEL CAMPO DE INVESTIGACIÓN.....	90
3.5.	MÉTODOLOGIA.....	100
3.5.1.	Método.....	100
3.5.2.	Tipo de investigación.....	100
3.5.3.	Técnicas de recolección de información.....	100
3.5.3.1.	Análisis documental, de casos tramitados donde se han realizado proceso de filiación, y de la normatividad que se ha aplicado.....	100
3.5.3.2.	Análisis de encuestas y entrevistas, aplicada a los jueces, secretarios y abogados, para ser procesadas e interpretadas de acuerdo a criterios metodológicos.	100
3.6.	Recursos y Presupuesto.....	101
3.6.1.	Bienes.....	101
3.6.2.	Servicios.....	101
3.6.3.	Recursos humanos.....	101
3.6.4.	Consolidado.	101
3.7.	Financiamiento.....	102
	Financiamiento propio.....	102
3.8.	Cronograma de ejecución.....	102
	CAPITULO IV.....	103
4.	CONCLUSIONES.	103
	CAPITULO V.....	103
5.	RECOMENDACIONES.	103
	CAPITULO VI.....	104

6. BIBLIOGRAFIA.....	104 104 104 104
CAPITULO VII	106
7. ANEXOS	109

CAPITULO I

1. DESCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL PROBLEMA.

1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.

1.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.

(Cornejo, M. 2012). “Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia”. Memoria para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile.

En esta tesis se llega a las siguientes conclusiones: 1). Los derechos-deberes contenidos en el Derecho de Familia no son jurídicamente exigibles en el sentido en que tradicionalmente se valora la exigibilidad de las obligaciones jurídicas. Sin embargo, negar absolutamente su exigibilidad, al punto de descartar la posibilidad de solicitar una indemnización de perjuicios en caso de su incumplimiento, aun cuando se cumpla con los demás elementos de la responsabilidad extracontractual (culpabilidad, daño indemnizable y causalidad), equivale a anular el mínimo sustrato jurídico que tienen estos deberes morales, relegándolos totalmente del ámbito del Derecho. En otras palabras, el reconocimiento de la posibilidad de solicitar una indemnización por daños que se deriven del incumplimiento de este grupo de derechos- deberes viene a reforzar el contenido jurídico de ellos, y a aclarar el lugar que ocupan en el mundo del Derecho. La existencia de otras sanciones legales no excluye la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, pues se trata de un estatuto de aplicación general y porque de otro modo se estarían ignorando los principios que lo informan, especialmente el *Neminem laedere*. En el desarrollo de este tipo de responsabilidad, habrá de tenerse especial cuidado en la justificación de la existencia del daño moral, y en la regulación de su monto, para evitar caer en la mala praxis de establecer daños punitivos tras las indemnizaciones de daños morales. Los deberes morales podrán introducirse en la lógica de la responsabilidad extracontractual a través de dos vías: como parte de la culpa infraccional, o por medio del análisis del estándar genérico del hombre diligente.

2). El concepto legal de familia que se desprende del Código Civil (aunque no expresamente) requiere, en nuestra opinión, de una revisión, de cara a las grandes transformaciones que ha sufrido nuestra sociedad durante las últimas décadas. Esta revisión es necesaria especialmente por la gran cantidad de situaciones de hecho que quedan en una indefinición legal, y que generan situaciones importantes de desigualdad social.

Creemos que el concepto de familia de cara a la responsabilidad extracontractual, debe mantenerse abierto y dinámico, calificándose en cada caso si la relación que existe tiene carácter familiar o no, para lo cual atenderemos a los elementos que nos da la ley (relaciones de parentesco, filiación y matrimonio), y a criterios más amplios que sean indiciarios de una familia (como, por ejemplo, la convivencia y el cumplimiento de funciones familiares).

3). El dolo no presenta dificultades en su aplicación a los daños familiares, pero la culpa sí genera algunas dudas. Entre ellas, la determinación del deber de cuidado, que generalmente se hará por el juez a través de la determinación del estándar del hombre (familiar) diligente. En cuanto al estándar de conducta exigible, creemos que si bien existen argumentos tanto para exigir una mayor diligencia como una menor de la del hombre medio, lo cierto es que la aplicación de las normas generales de responsabilidad nos hacen concluir que se debe atender al hombre o “familiar” medio diligente (en el supuesto a que adherimos, de que el artículo 44 del Código Civil es aplicable a la responsabilidad extracontractual, y que por lo tanto, cuando el artículo 2329 del Código Civil habla de “toda culpa” no está hablando de incluir hasta la culpa leve, sino que se refiere simplemente a culpa).

4). La omisión tendrá mayor aplicación en el ámbito de las relaciones familiares que en la responsabilidad extracontractual en general, dado que la condición de “familiar” coloca al sujeto responsable en una situación concreta que hace nacer obligaciones especiales, consistentes en deberes positivos de conducta.

5). Entre las cuestiones procesales analizadas, la cuestión más trascendente se refiere al tribunal competente. Luego de un breve período en que se interpretó que el tribunal competente era el de familia, y una reforma procesal a la ley que los creó, hoy es claro que el tribunal competente es el juzgado de letras en lo civil. En la práctica esto constituye una gran barrera para el desarrollo de la responsabilidad extracontractual por daños familiares en Chile, especialmente si se consideran las diferencias entre ambos tribunales en los aspectos procedimentales, la valoración de la prueba y la posibilidad de presentar testigos hábiles, entre otras cosas.

6). Entrando al análisis de algunos temas más específicos, podemos concluir en primer lugar, que la compensación económica en general no constituirá un obstáculo al desarrollo de la responsabilidad extracontractual por daños derivados del matrimonio, y sólo sería un obstáculo en la situación determinada que regula, si se llegase a aceptar generalizadamente que tiene la naturaleza jurídica de una indemnización de perjuicios.

Las acciones por daños derivados del matrimonio se debiesen presentar, en nuestra opinión, una vez iniciado el proceso de divorcio o nulidad matrimonial, y no se debiesen promover en los casos de separación judicial, pues en ellos sigue existiendo el vínculo matrimonial en virtud del cual la prescripción entre los cónyuges se encuentra suspendida (artículo 2509 del Código Civil), es decir, existe aún un interés del legislador de resguardar vínculos de solidaridad que podrían mermarse con una acción de perjuicios.

Además, dichas acciones sólo debiesen presentarse en caso que el divorcio haya sido declarado por culpa, y no por causales objetivas, pues en ellas se ignora el elemento subjetivo y se entiende que hay una renuncia tácita de parte de los ex cónyuges a las acciones indemnizatorias. De lo contrario, ellos estarían actuando de modo incoherente.

Por lo tanto, en general se debiesen aceptar aquellas acciones que se intenten en que se haya incurrido en alguna causal de divorcio por culpa, y se den en el caso los demás requisitos que configuran la responsabilidad

extracontractual. Respecto de la posibilidad de resarcir los daños causados por el divorcio en sí mismo, creemos que esta hipótesis sólo es posible en aquellos casos en que se haga un ejercicio abusivo de la posibilidad de solicitar el divorcio, y que de ello se derive un perjuicio indemnizable.

7). En cuanto a las acciones de filiación, recordamos que el artículo 197 inciso 2º del Código Civil da derecho a perseguir los daños en contra de quienes ejerzan la acción de filiación de mala fe, o con el objeto de lesionar la honra de la otra persona involucrada. Esta norma explícita, en nuestra opinión no excluye la responsabilidad que pueda derivarse de aquellos hechos que sustentan a las acciones de filiación, como, por ejemplo, del padre que a sabiendas que tiene un hijo, no lo reconoce y niega la paternidad, o la cónyuge que tiene un hijo extramatrimonial, e igualmente deja que su filiación quede determinada por el matrimonio.

8). Así, se podrían encontrar muchos otros casos en los cuales, si la víctima lo considera necesario, puede hacer uso de las normas de responsabilidad extracontractual para lograr una indemnización que de alguna manera aminore el daño que ha sufrido. De este modo, además, en el largo plazo se podría ir formando un conjunto de normas claras respecto de qué daños del ámbito familiar consideramos tolerables y cuáles no. Quizás así, la conciencia de que se puede ser obligado a responder por estos daños que no se consideren tolerables, redunde en un comportamiento más cuidadoso por parte de los miembros de cada familia, y dé espacio a relaciones familiares de menor abuso y mayor concordia entre sus miembros.

1.1.2. A NIVEL NACIONAL.

(Tuesta, F. 2015). “Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”. Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Autónoma de Perú.

En esta tesis se llega a las siguientes conclusiones: La Corte Suprema ha acertado al afirmar que nuestro sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual no otorga un tratamiento distinto a los daños patrimoniales y a los daños morales. Ambos tipos de daños son indemnizables y, como regla general, en ningún de los casos se impone como presupuesto de configuración de la responsabilidad la intención de causar daño. De esa forma, tanto el daño patrimonial o el daño moral serían indemnizables independientemente de si el agente causante actuó con culpa o con dolo.

La posibilidad de determinarse la responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, genera la necesidad de una reforma integral sobre la protección de derechos fundamentales protegidos en la Constitución y Tratados Internacionales y la creación de nuevos mecanismos para proteger a los hijos en base al interés superior del niño y adolescente.

La aplicación de la filiación extramatrimonial con una reforma integral, en los artículos: 390, 402, 1969, 1984, 1985 del código civil, así coadyuvará en el fortalecimiento de nuestro sistema contra la vulneración de los derechos fundamentales de todo niño, niña y adolescente en aras de salvaguardar sus derechos.

(Olortegui, R. 2010). "Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial". Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En esta tesis se llega a las siguientes conclusiones: 1). Es evidente que el dogma de la autonomía de la voluntad que se expresaba "lo que es libremente querido es justo" (adoptado por nuestro Código Civil) carece de vigencia en la sociedad actual porque "el individuo ha perdido el control de su voluntad y de su acción en las cotidianas actividades que desarrolla bajo la presión de circunstancias externas que lo exponen a causar y a sufrir daños sin causa alguna".

Observamos a diario que hay contrataciones que se aproximan a la órbita extracontractual: contratos de adhesión, contratos tipo, que no se parecen al modelo romano. Uno de los contratantes, la parte dominante impone su voluntad a otra más débil cuya única opción será prestar su consentimiento, si es que realmente necesita el bien o el servicio. (La doctrina reconoce diferencia entre los deberes de reparar nacidos de un contrato o de un acto ilícito, pero sostiene que no son sustantivas).

A lo largo de este trabajo se intentó demostrar que la culpa dejó de ser el motor que ponía en funcionamiento los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil. La imputabilidad basada en la culpabilidad ve limitado su campo de aplicación por la existencia de factores objetivos, que, prescindiendo de toda culpa, liga una causa a un resultado.

La doctrina moderna sostiene que es "el daño el elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio" por la necesidad de reparar a la víctima "el daño injustamente sufrido", es decir, cuando "es injusto que lo soporte quien lo recibió", aunque el sindicado responsable no haya obrado ilícitamente.

Así, al constituirse el elemento del daño en el centro de referencia del sistema resarcitorio, se arriba a la concepción unitaria de la responsabilidad civil y a un sistema unificado de reparación, con independencia de la génesis del deber violado que la origina.

2). La carencia legislativa en nuestro país en relación a una fundamentada regulación sobre el daño moral influye en la exigibilidad de su reparación, según corresponda y en la consecuente inexistencia de pronunciamientos judiciales.

3). A pesar del reconocimiento de los derechos de la personalidad por nuestro ordenamiento jurídico, existen reales dificultades en el logro de la protección de estos derechos (al nombre, el honor, la intimidad, la propia imagen, la dignidad, entre otros), cuando han sido vulnerados por daño moral.

4). Existe una generalidad en la doctrina moderna a reconocer la reparación.

5). Entendemos que aplicar a rajatabla las normas generales de responsabilidad civil sería, por un lado, olvidar la especialidad que ostenta el derecho de familia y, por el otro, pretender responsabilizar a un padre por no saber educar a su hijo, o por transmitirle algún tipo de enfermedad leve, como una alergia, una miopía o simplemente una estructura física determinada.

6). Coincidimos con Di Lella (Di Lella, Pedro, "Derecho de daños vs. derecho de familia", La Ley, 1992-D-862) cuando sostiene que "la aplicación de las normas del derecho civil al derecho de familia debe hacerse sin perder de vista las muy delicadas instituciones que éste regula, y que en materia de responsabilidad por daños es donde se debe tener un especial cuidado, pues no se trata de ahuyentar a los individuos de la formación de aquella célula básica de la sociedad ya que todo lo que parezca una protección desmesurada provocará retraimiento en lugar de cumplir aquella función".

Cuando hablamos de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre no hay duda de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel moral como material. Pero esto no es sólo responsabilidad de la parte masculina de la relación, también la madre puede tener actitudes que, a veces por egoísmo, a veces por venganza hacia una pareja que no funcionó, o por negligencia ante una relación sexual aislada, impide que su hijo goce de derechos que le son reconocidos no solamente en la Constitución Política del Estado sino también en tratados internacionales o incluso en el Código Civil. Aunque socialmente siempre sea más sancionado un padre que se ausenta de sus deberes como tal, no debemos perder de vista situaciones como las expuestas con respecto a la madre.

Ambos son padres y ambos deben responder por los daños que ocasionen a su hijo por una conducta contraria al ordenamiento legal y cuando no exista

una razón jurídicamente relevante que los justifique, es decir, cuando se cumplan los requisitos exigidos para la procedencia de la responsabilidad civil.

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

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Actualmente en nuestra sociedad somos testigos a diario de casos relacionados al no reconocimiento de hijos extramatrimoniales. Partiendo de esto se puede decir que en el Perú casi siempre se ha establecido una regulación normativa desde la protección de la familia, más no desde una protección a través de una indemnización al menor que ha sido reconocido de manera tardía por su progenitor.

Partiendo de esta realidad creo que es necesario establecer una norma que regule de manera precisa una indemnización por daño moral en los casos de reconocimiento de hijos extramatrimoniales de manera tardía, teniendo en cuenta los efectos que se generan en el menor, al tener que pasar por un proceso de filiación extramatrimonial para poder ser reconocidos por sus progenitores.

En esta línea podemos asegurar que es más que evidente el hecho de que los menores que reciben un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores sufren un gran daño debido al de hecho de tener que iniciar un proceso de filiación extramatrimonial para poder ser reconocidos no de manera voluntaria, sino esperando una decisión judicial para que de esta forma puedan obtener el reconocimiento de sus derechos como hijos legítimos; siendo que al final de ésta maratón donde lo que se busca es ser reconocido por sus

progenitores, en la realidad no se da de manera voluntaria ocasionando de esta manera un daño al menor ya sea moral, material, etc.

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 (Pazos J, 2007)

La institución jurídica de la indemnización debe establecer una reparación al daño moral de aquellos menores vulnerados por sus progenitores que no los han reconocido en el momento de su nacimiento, cuestión que incluye tanto los supuestos en los cuales el padre se sustrae a reconocer voluntariamente a su descendencia, como así también a la madre, cuando dicha falta de reconocimiento proviene de una conducta que le es imputable, la que se verifica cuando obstaculiza alno permitir la identificación del padre, o no ejerce la acción de filiación a sus hijos.

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico establece dentro del Código Civil normas que regulan la indemnización; sin embargo, no están direccionadas a indemnizar a los menores que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores; regulado en el Art. N°1969° del Código Civil que señala: *Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo...*; así como también el Art. N°1984° el cual establece: *El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.*

1.2.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿De qué manera la deficiencia de la Ley impide reconocer el derecho a una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un

reconocimiento tardío por parte de sus progenitores en un proceso de filiación extramatrimonial?

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

La presente investigación servirá para determinar que es necesario establecer una normativa que le atribuya a los menores que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores una indemnización por daño moral, todo esto debido a que nuestra legislación no contempla tal derecho para los menores que se están viendo afectados con este problema, debido a la deficiencia de la Ley. El derecho a indemnizar trae consigo una reparación a aquellos que han sido afectados, siendo necesario para resarcir daños causados por terceros; es por ello que se analizará las diversas tendencias existentes en cuanto al tratamiento de la indemnización al menor afectado ante el reconocimiento legal tardío en el proceso de filiación extramatrimonial en nuestro país desde una perspectiva doctrinal de juristas reconocidos a nivel nacional e internacional.

1.3.1. IMPORTANCIA.

Es importante esta investigación ya que se podrían aportar lineamientos y recomendaciones que contribuyan al mejoramiento y desempeño en forma eficiente de los operadores del derecho.

1.4. HIPOTESIS.

Existe deficiencia de la Ley que impide reconocer EL DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL A LOS MENORES QUE HAN RECIBIDO UN RECONOCIMIENTO TARDIO POR PARTE DE SUS PROGENITORES EN UN PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

1.5. OBJETIVOS Y FINALIDAD

1.5.1. Objetivo general.

Determinar que la deficiencia de la Ley impide reconocer el derecho a una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores en un proceso de filiación extramatrimonial.

1.5.2. Objetivos específicos.

- a. Explicar la institución jurídica de la responsabilidad civil y de la indemnización.
- b. Determinar la indemnización a los menores afectados en un proceso de reconocimiento extrajudicial.
- c. Ubicar teorías de juristas reconocidos relacionadas con la indemnización al menor afectado ante el reconocimiento legal tardío en el proceso de filiación extramatrimonial, tales como: conceptos básicos, normas como La Constitución Política del Perú, el actual Código Civil y leyes conexas, legislación comparada; jurisprudencia nacional pertinente; que se integra como MARCO REFERENCIAL para el análisis.
- d. Proponer lineamientos para una propuesta efectiva con respecto a la indemnización al menor afectado ante el reconocimiento legal tardío en el proceso de filiación extramatrimonial; de tal manera que se superen los empirismos normativos y las discrepancias teóricas

1.5.3. Finalidad.

La finalidad de la presente investigación es, que, una vez alcanzado los objetivos propuestos, se pretende proponer alternativas que permitan solucionar la problemática existente en el derecho a una indemnización por

daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores en un proceso de filiación extramatrimonial, siendo las alternativas favorables a una reparación justa para los menores afectados.

1.6. VARIABLES

1.6.1. Variable independiente

La institución jurídica de la Responsabilidad civil en nuestra legislación nacional no ha fijado el derecho a indemnizar a menores.

1.6.2. Variables dependientes

Reconocimiento tardío a los menores en un proceso de filiación extramatrimonial

CAPITULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1.1. Definición de Responsabilidad Civil.

La doctrina moderna no se muestra unánime a la hora de definir la responsabilidad civil. En el intento por hacerlo, algunos autores deciden darle importancia a uno de sus elementos, partiendo desde éste para definirla. (Veléz P, 2012).

Así, REGLERO CAMPOS considera que el criterio determinante de la responsabilidad civil reside en la imputación, exponiendo que “un determinado sujeto será responsable de un incumplimiento de un deber o de una obligación, o de la causación de un daño, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable”. Sin embargo, para otros autores como CONCEPCION RODRIGUEZ, lo realmente importante es el daño causado. Éste autor expone que toda la problemática de la responsabilidad civil tiende a conseguir la reparación del daño cuando ha sido generado injustamente, es decir, -según él- cuando se ha causado atendiendo a los preceptos que regulan las fuentes de las obligaciones, y por tanto se hace necesario acudir al artículo 1089 CC el cual consagra que éstas tienen su origen en La ley, en los contratos y cuasi contratos y en los actos y omisiones ilícitos que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Aunque es claro que sin el daño no habría lugar a hablar de responsabilidad civil, consideramos que enfocarlo únicamente en este elemento, es negarle un poco la complejidad que presenta esta figura, y la importancia de cada una de sus partes.

Al buscar una definición más amplia, que abarque todos los elementos de la figura, YZQUIERDO TOLSADA considera que para que exista responsabilidad civil es necesaria la constatación de una acción u omisión, la cual tendrá relación con un daño mediante un nexo de causalidad.

Adicionalmente debe verificarse si se da el adecuado factor de atribución, que permitirá justificar la imputación del daño a un determinado patrimonio.

Por último, MARTINEZ CALCERRADA considera la responsabilidad civil como una institución sobre la que se proyecta todo el derecho civil, ya que todo el ordenamiento jurídico y sus actores en esta materia se rigen en torno a la responsabilidad civil sobre la que versen los problemas, cuestiones y litigios. Concibe esta institución como un juicio de reproche que hace el ordenamiento jurídico a las conductas que lo infrinjan, y dependiendo de dicha contravención se regirá por uno u otro tipo de responsabilidad: “si efectivamente la conducta contraventora supone la vulneración a la *lex privata contractus*, se producirá la responsabilidad contractual, si se contraviene la ley de “*Naeminem Laedere*” se estará en la responsabilidad extracontractual”.

A nuestro juicio, la definición de la responsabilidad civil debe evitar ceñirse únicamente a la función que ésta cumple, a sus elementos, o a uno de ellos, o a la finalidad de la misma. Debe componerlo todo, ya que todo lo anterior forma parte de ella, pero son diferentes a la figura misma. En un intento de definirla, diríamos que la responsabilidad civil es una institución jurídica que nace con la finalidad de restablecer un equilibrio económico que ha sido quebrantado, y ello se lleva a cabo a partir de la reparación del daño causado a un actor que jurídicamente no tiene por qué soportarlo. Dicha figura está compuesta por varios elementos, necesarios todos para la configuración de la misma.

2.1.2. Evolución histórica de la Responsabilidad Civil.

Siguiendo a los hermanos Mazeaud, es posible observar en la historia de la responsabilidad civil cuatro etapas a las que hoy agrega la doctrina más reciente una quinta; tales son:

- ❖ **Primera etapa**, de confusión entre la responsabilidad civil y la penal: para los sistemas jurídicos primitivos, éstas forman un solo todo; el autor del daño, era castigado con una pena privada; a veces, sin que existiere la debida proporcionalidad entre el daño y

el castigo impuesto al responsable del mismo. Posteriormente, la introducción de la *“Ley del Tali3n”* supondr3a un primer progreso en la b3squeda de dicha proporcionalidad.

- ❖ **Segunda etapa**, en la que se distingue la responsabilidad civil de la penal: en este segundo per3odo, y como consecuencia de la influencia de los textos de derecho romano y la constituci3n de los Estados modernos, los jurisconsultos comenzaron a distinguir entre estas dos clases de responsabilidad, empezando a ver en la acci3n de la v3ctima una acci3n esencialmente indemnizatoria. Entre los Siglos XII y XIII se consagrará esta posici3n.
- ❖ **Tercera etapa**, en la que aparece la culpa como fundamento de la responsabilidad civil: como un resultado de la distinci3n anterior, los autores iniciaron la b3squeda de un fundamento para la responsabilidad civil, el que ser3a por largo tiempo la culpa. Así, todos los autores admit3an, sin sospechar siquiera la posibilidad de una discusi3n, que no exist3a responsabilidad civil sin culpa. En esta etapa, en la que se realiza el per3odo de la codificaci3n, recogiendo los c3digos la noci3n de la responsabilidad subjetiva.
- ❖ **Cuarta etapa**, Se plantea la teor3a del riesgo: surge a fines del Siglo XIX la teor3a del riesgo, como una consecuencia de la Revoluci3n Industrial y despu3s de la *“cuesti3n social”*. Deja así de ser la culpa el 3nico fundamento de la responsabilidad civil, pues junto a ella y en algunos casos en forma exclusiva, se propone como factor de atribuci3n de responsabilidad el riesgo creado.
- ❖ **Quinta etapa**, Se manifiestan algunas tendencias actuales: en ella, se parte de la premisa que el derecho de la responsabilidad civil ha sufrido, en nuestros d3as, una profunda evoluci3n, explicada fundamentalmente por dos factores:

- 1) El aumento de los riesgos que se corren en la sociedad moderna; y
- 2) El desarrollo de mecanismos de seguros privados y sociales.

En este marco, se pueden observar tres tendencias:

1. La generalización de las responsabilidades objetivas: éstas, surgen como consecuencia de la imposibilidad en que se encontró la teoría de la culpa, para dar solución a aquellos casos en que se ocasionan perjuicios, provocados por una sociedad cada días más tecnificada y riesgosa. El legislador, entonces, no encontró otra solución que crear responsabilidades nuevas, independientes de toda noción de culpa y ligadas a la sola realización de una actividad que origina un riesgo específico.
2. El desarrollo de los seguros de responsabilidad civil: el aumento del número de los accidentes contribuyó el desarrollo de los seguros privados. Incluso, en ocasiones, el legislador los hace obligatorios para las personas que son sujetos de alguna responsabilidad objetiva. Por lo tanto, la indemnización debida ya no es pagada por el autor del daño, sino por la compañía aseguradora.
3. La socialización de la responsabilidad: ateniéndonos al principio de la solidaridad social, se planteó que resultaba necesario que las consecuencias del perjuicio debían repartirse entre todos los miembros de la sociedad. A tal idea directriz ha respondido el desarrollo de la seguridad social, especialmente en los países industrializados. También se encuentra una recepción de esta tendencia, en los accidentes del tránsito.

El gran problema que ha surgido a consecuencia de la formulación de las tendencias modernas, es que, a través de los dos últimos sistemas, el autor del daño pasa a ser irresponsable, de manera que la inhibición de realizar actos dañosos puede sufrir una merma. Así, por un lado, la capacidad de causar daño es cada vez mayor y por otro lado su responsabilidad va

declinando. Se responde a lo anterior, que la única sanción que podría contrarrestar tal situación, sería un aumento del valor de las primas de seguros.

2.1.2.1. Noción.

Para entender la evolución histórica de la Responsabilidad Civil debemos tener en cuenta los fundamentos que la misma ha tenido a través de la historia. En el Derecho Romano, la Ley Aquilea tomo como fundamento de la responsabilidad civil un criterio objetivo, consistente básicamente, en que el causante de un daño debía responder por éste, sin tener en cuenta ningún aspecto de tipo subjetivo, es decir, poco importaba la intención del generador del daño, bastaba con la producción de un hecho dañoso causado injustificadamente. Por esta razón, quién sufría los resultados dañinos estaba facultado para reaccionar, siendo la tradicional forma de hacerlo, la venganza, que en no pocas situaciones era desproporcionada. Es por esto la responsabilidad civil en sus orígenes, no tuvo una función preparatoria.

Esta situación viene a ser modificada en la época de Justiniano, al tenerse en cuenta la necesidad de la presencia de la culpa, elemento que surge de la imprudencia, la impericia, la ignorancia de lo que se debía o no hacer, en determinado momento y bajo determinadas circunstancias. Este último elemento fue esencial en la expedición del Código Napoleónico. Hasta ese momento, principios del siglo XIX, "la culpa constituía el fundamento de la responsabilidad civil y dominaba toda la institución." Ballesteros S. (1996)

La culpa tenía origen en la acción de determinado sujeto, acción que generaba un reproche. Como consecuencia de éste, surgía la protección que el ordenamiento jurídico daba al perjudicado, debiéndose producir la reparación del daño ocasionado, con lo que ya no tenía la sanción el carácter vindicatorio que en sus inicios tuvo la institución en comento, sino precisamente un matiz preparatorio.

En aquella época se distingue entre la culpa y el dolo, entendiéndose por culpa, la falta de diligencia y cuidado del agente. Por dolo se entendió, la intención de causar daño.

Posteriormente se cuestionó el concepto de culpa del causante del daño, que en ocasiones era difícil de acreditar por la persona perjudicada, quedando frustrada la posibilidad de recibir la reparación por los perjuicios sufridos.

Ante la dificultad de demostrar dicho elemento, se modificó la concepción de la culpa. Entonces se creó la teoría de la apreciación de la culpa, en abstracto, debiéndose analizar el comportamiento de quien causa el daño según unos parámetros de carácter general: un hombre prudente o diligente, un buen padre de familia, una persona descuidada y otros. Con el desarrollo industrial, al aparecer diferentes objetos que por su naturaleza son susceptibles de causar daños - aún manejados con la pericia y el cuidado debidos – surgen en el ámbito jurídico unas presunciones de culpa.

En virtud de éstas, y como ejemplo, los sujetos que desarrollan alguna de las denominadas “actividades peligrosas” se presumen culpables del daño que causen a otras personas en ejecución de las mismas, liberando a quien sufre la afectación de la obligación de probar la culpa. Es decir, será la persona que causa el daño quien deberá probar la ausencia de culpa en su comportamiento, bien sea demostrando que actuó con la debida diligencia y cuidado o acreditando que el daño se produjo por la presencia de factores ajenos a él, como son el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima.

Hecho el anterior análisis, acerca de los fundamentos de la responsabilidad vemos como la responsabilidad tiene como fin “conservar el equilibrio estable de los derechos y de los intereses de las personas en su vida de comunidad...”.

Con base en lo que se expuso, podríamos dar una definición de responsabilidad civil, como aquella obligación que tiene el agente o causante

de un daño de poner a la persona del perjudicado, en la situación que tendría de no haber mediado el acontecimiento dañoso.

Concluyendo en éste sentido, que la Responsabilidad Extra-Contractual, persigue ante todo reparar económicamente un daño, esto es, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el derecho quiere que los aspectos materiales de éste daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos, por lo que diversos autores coinciden en que deberá enfatizarse la reparación de la Víctima, que el castigo del culpable.

2.1.3. Responsabilidad Extracontractual.

2.1.3.1. Concepto.

La responsabilidad civil, como la conocemos hoy en día, es relativamente moderna. Así Fernando de Trazegnies se refiere a la Responsabilidad Civil Extracontractual, que luego hace extensiva a las formas de Responsabilidad Civil, en los siguientes términos: “No porque la necesidad de viviendas haya existido siempre podemos decir que los rascacielos han existido también siempre, mediante el recurso retórico de considerarlos como meras variantes verticales de las cavernas prehistóricas. Citando al cronista Juan de Mateizo, de Trazegnies agrega: “Llaman los naturales a las ovejas, llamas.... Su talle, es del tamaño de asnillos, crecidos de piernas y anchos de barriga, tira su pescuezo y talle a camello. Las cabezas son largas...”, pero a pesar de todas esas diferencias, no son sino ovejas de Castilla de “características especiales”. Concluye de Trazegnies que “En Derecho hay muchas llamas que pasan por ovejas romanas”.

Lo que nos quiere decir el autor es que la Responsabilidad Extracontractual y las formas de Responsabilidad Civil en general, tal como la conocemos hoy en día, constituyen una solución nueva para un problema viejo. Es decir, no tratemos de buscar en soluciones clásicas el tratamiento de una situación que a pesar de que nos suena conocida ya desde el Derecho Romano, es sin embargo un animal nuevo, que ha evolucionado junto con nosotros en una

dinámica interactiva y compleja. Esta construcción moderna de la Responsabilidad Civil es uno de los temas que más ha evolucionado en los últimos 300 años y especialmente en los últimos 100 años.

Parece que es necesario tener presente algo que los autores unánimemente señalan cuando se refieren a este auge. Esto es, la constatación de un fenómeno social muy simple y que consiste en la creciente proximidad entre las personas y el desarrollo que ha tenido la humanidad desde la Revolución Industrial, que se ha traducido en una sociedad cada día más tecnificada y riesgosa. Esto significa, necesariamente que al estar tan cerca unos de otros, estamos, por lo mismo, más expuestos que nunca a sufrir algún perjuicio, o bien a obrar siempre con algún grado de riesgo, tanto desde el punto de vista del incumplimiento contractual como por situaciones ajenas a los contratos.

Como consecuencia de la Revolución Industrial, del maquinismo, de la transformación de las condiciones de vida, del aumento y perfeccionamiento de los medios de locomoción, de la elaboración de productos en masa, de los accidentes del trabajo, del creciente desarrollo del tráfico jurídico, la teoría clásica de la culpa se ha vuelto imprecisa e insuficiente, por la imposibilidad de saber en el hecho si era posible o no prever y evitar el daño. Algunos autores con alguna exageración llaman a esto la “Era del Daño”.

Esta responsabilidad es aquella que surge del daño que una persona causa a otra, cuando entre ellas no existe un vínculo contractual que las ate.

2.1.4. Función de la Responsabilidad Civil.

En principio, la responsabilidad civil puede cumplir fundamentalmente tres funciones: resarcitoria, preventiva y punitiva. (Veléz P, 2012).

La principal y clásica función que se le ha atribuido en nuestro ordenamiento es la de resarcir, también llamada de compensación, indemnización o reparación. De acuerdo con esta función, la responsabilidad

civil busca en lo posible dejar indemne a la persona a quien se le ha causado un daño injusto y proporcionarle los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación. No se busca enriquecer al afectado, sino repararlo únicamente en la medida de su daño, y no castigar al causante, sino imponerle la obligación de reparar el daño causado. Nadie tiene el deber de soportar los daños producidos por otro, y por ello debe ser compensado.

Esta función, también, se denomina reintegradora, teniendo en cuenta que lo que se busca es, en la medida de lo posible, llevar a la víctima al mismo estado en que estaba antes de haber sufrido el daño. Se refleja en el sistema en la medida en que la reparación se da de acuerdo con la gravedad del daño causado, no de la conducta ni de la imputabilidad.

Pero la función clásica de reparación ha sido objeto de flexibilización y, en algunos casos, ha debido convivir con las otras funciones.

La función disuasoria o preventiva, como su nombre indica, tiene la finalidad de disuadir a toda persona de causar daño alguno, para que, en lo posible, tome las medidas de prevención necesarias para evitarlos.

Esta función ha sido ampliamente analizada por los estudiosos del análisis económico del derecho, claramente como una cuestión de costes más que de disuasión en sí misma. Pero en cierta medida, la responsabilidad civil tendrá, si bien no en su plano principal, la necesidad de asumir una función preventiva para evitar los accidentes y evitar los excesos en costes que ellos generan, tanto para la sociedad como para la administración de justicia.

De acuerdo con este planteamiento se señala que la responsabilidad civil previene de dos formas: de manera general, pues el ciudadano trata de evitar que se le apliquen las consecuencias desfavorables de determinada norma y a través de la prevención especial en la medida en que se influye en las acciones futuras de la misma persona.

2.1.5. Elementos de la Responsabilidad Civil.

Presunto responsable: Es una persona física o jurídica, sobre la cual recaerá el juicio de imputación. Una vez determinado si se dan todos los elementos de la responsabilidad, recaerá sobre él la obligación de indemnizar. (Veléz P, 2012). **Víctima:** Es quien sufrió directamente el daño. Puede tratarse también de una persona natural o jurídica. En caso de muerte de la víctima, habrá lugar a que otras personas, además de sus herederos, estén legitimados activamente para reclamar la indemnización por el daño causado. Los primeros reclamarán el perjuicio patrimonial sufrido por la víctima, la cual se les transmitirá por causa de muerte. Aun no habiendo muerte, toda persona, sea o no heredero, que se haya visto perjudicada por el daño causado a la víctima, podrá cobrar la indemnización correspondiente a su propio perjuicio.

2.1.6. Tendencias modernas sobre Responsabilidad.

La responsabilidad, es ciertamente la materia más sensible en la evolución del Derecho. (Rodríguez Grez, 1999)

Ella está directamente relacionada con los hábitos, costumbres, sistemas productivos, fuentes laborales, etc. Frente a un crecimiento tan vertiginoso de la ciencia y la técnica, han cambiado sustancialmente los peligros a que se encuentra expuesta toda persona y la naturaleza de los daños. Hoy, es prácticamente imposible que el más cuidadoso de los ciudadanos pueda estar seguro de no lesionar a nadie. En una sociedad masificada, donde se han estrechado las relaciones de vecindad y se han concentrado inmensas poblaciones en mega-ciudades, caracterizadas por la velocidad y actividad frenética, todos estamos expuestos a toda clase de daños, algunos, incluso, muy difíciles de imputar con certidumbre a determinadas personas.

La responsabilidad subjetiva nació y se desarrolló en la era agraria. Entonces, era posible imponer la responsabilidad como consecuencia de un juicio moral y social fundado en la culpa y el dolo, los únicos factores capaces de atribuir responsabilidad. No tenía demasiada importancia el daño no

provocado por el dolo o la culpa, ya que era mínimo y tolerado como un designio de Dios o del azar. La sociedad agraria no ofrecía problemas complejos en materia de prueba del elemento subjetivo y los daños que cubría correspondía a los que realmente se causaban.

La aparición de la máquina a vapor abre paso a la era industrial. La responsabilidad, ahora, no se extiende sólo a los actos propios, sino también por los actos de aquellos por los cuales respondemos e incluso por las cosas que están bajo nuestro cuidado. El acento de la responsabilidad se pone sobre las cosas que detentamos. Nace entonces la teoría del riesgo, ya estudiada, y con ella aparece la responsabilidad objetiva, al margen de la culpa y el dolo. La responsabilidad se concibe, ahora, sobre la base de la causalidad material absoluta.

A la era industrial, le ha sucedido la era tecnológica, que presenta otros riesgos y otro tipo de daños, muchos de ellos difusos, de fuentes múltiples y encubiertas ¿Cuál será la respuesta del Derecho frente a ellos? La responsabilidad objetiva fue, sin duda, una reacción al automatismo, al maquinismo, al crecimiento de las ciudades, a los sistemas de producción en serie, al consumo masivo de productos elaborados, etc., es decir, a todo lo que trajo consigo el desarrollo industrial.

A partir de la teoría del riesgo, se incorpora la responsabilidad civil objetiva. Se destaca que la condena civil, a diferencia de la penal, se encuentra ajena a toda idea de castigo, siendo por lo mismo innecesario conservar la idea de culpa. Lo que interesa es la debida reparación del daño. Ante estas nuevas ideas, la doctrina francesa se divide entre los que se mantienen fieles a la responsabilidad subjetiva y aquellos que se alinean con la responsabilidad objetiva. Entre los primeros, Planiol, Capitant, Ripert, Henri y León Mazeaud. Entre los segundos, Saleilles, Josserand, Marton, Savatier. De los últimos, Saleilles pone acento en un antecedente nuevo: ¿cuál es el criterio de imputación del riesgo? Responde que sería el provecho que consiguen algunos con la creación de una situación de peligro.

Por su parte, Mosset Iturraspe advierte sobre la diferencia entre la teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva. Para él, una cosa es el riesgo y otra cosa la causalidad material absoluta. (Mosset Iturraspe J. , 1982)

Rodríguez, por su parte, postula que la creación del riesgo resulta ser una especie moderna de culpa, que hace responsable a quien lo crea de los daños que sobrevengan en un escenario alterado por la mano del hombre, en términos de aproximarnos al daño. (Rodríguez Grez, 1999).

En la era tecnológica, los daños cambian de naturaleza. Ya no se trata de cosas riesgosas, sino de actividades riesgosas. Entran en esta última categoría, por ejemplo, la contaminación ambiental, la responsabilidad profesional, el daño informático, los daños que provocan la biotecnología, etc. Pueden surgir en este nuevo escenario daños anónimos e inevitables, que no se pueden referir a un sujeto determinado. Piénsese, por ejemplo, en los daños que para la salud humana resultan de la contaminación atmosférica. ¿A quién atribuir el daño? ¿Cuántas fuentes contaminantes existen? ¿Cómo concurre cada una de ellas a la creación del riesgo? Estas y otras muchas preguntas permiten formarse una idea cabal de la vaga y difusa que resulta la aplicación de los criterios tradicionales. A tanto se ha llegado en esta materia, que existen autores que propician la creación de dos sistemas diversos de responsabilidad, uno para enfrentar los daños corporales (que, por su naturaleza, requieren un tratamiento preferente en el ordenamiento jurídico), y otro para los daños morales y económicos. Para los primeros, se propone un sistema de responsabilidad objetiva sin culpa, de modo que la víctima encuentra siempre la reparación que corresponde.

De esta manera, el moderno Derecho de Daños, plantea dos cuestiones fundamentales:

1. La ampliación de la cobertura de los daños que deben ser indemnizados, lo que implica hacerse cargo de una serie numerosa de daños propios de las actividades riesgosas que caracterizan la era tecnológica; y

2. La facilitación a la víctima de las exigencias legales que se requiere satisfacer para imponer responsabilidad.

Sin lo primero, quedarían muchos daños sin reparación. Sin lo segundo, se dificultará el acceso de la víctima a la justicia y, finalmente, a la satisfacción de su derecho a obtener la reparación conveniente.

Toda la temática moderna del Derecho de Daños, apunta en la dirección indicada y las nuevas tendencias se afincan precisamente en la consecución de estos objetivos primordiales. Nadie duda, en este momento, que la responsabilidad objetiva no cubre estas exigencias.

Pero las tendencias anteriores son todavía insuficientes. Existe una clara necesidad de ampliar, aún más, el ámbito de la responsabilidad, a fin de facilitar la reparación del daño causado. Para alcanzar esta aspiración, se ha concebido la existencia del seguro obligatorio en varios campos de la actividad social. El legislador ha instituido este mecanismo a fin de evitar que la insolvencia del autor del daño impida la reparación de los perjuicios, sin necesidad de acreditar, en algunos casos, culpa o dolo de parte de quien los causa. De esta manera, se amplía considerablemente la cobertura de las indemnizaciones. Así ocurre con los accidentes del trabajo, los del tránsito y en varias otras actividades riesgosas.

Según lo estudiado, en esta tendencia de ampliación de la indemnización, vincula los casos de responsabilidad objetiva a aquellos en que el autor del daño, es el creador de un riesgo, lo cual permite retroceder en la cadena causal, de manera de fundar la responsabilidad no en el acto que provoca el daño, sino en el acto que genera el riesgo. Estima que es esta la explicación más coherente para armonizar un régimen de responsabilidad subjetiva que coexiste con casos de responsabilidad objetiva. (Rodríguez Grez, 1999).

Sin embargo, hay quienes postulan ampliar el campo de la responsabilidad, imponiendo el deber de indemnizar al autor del daño, cualquiera que sea su

actitud interna. Lo anterior equivale a sostener la responsabilidad sin culpa (ni remota ni inmediata), cuyo único fundamento es la relación causal entre el acto ejecutado y el daño producido.

Actualmente, la cuestión que se plantea en materia de responsabilidad es la siguiente: cuando se realiza un hecho que produce una pérdida de valor económico, ¿quién debe soportar la pérdida procedente de ese hecho? ¿El patrimonio de la víctima o el patrimonio del autor del hecho? Planteada así la cuestión, la respuesta no admite dudas: es el patrimonio del autor del perjuicio el que debe soportar la pérdida sufrida. En efecto, de las dos personas concernidas, hay una de la que no dependía evitar el daño, y es la víctima. La otra, la autora del daño, puede siempre impedirlo, aunque no sea más que no haciendo nada. De las dos personas, hay una, la víctima, que no debía obtener beneficio alguno del acto realizado, de la actividad desplegada. La otra, la autora del daño, debía, por el contrario, obtener el beneficio de dicho acto o actividad. Por lo tanto, es equitativo que, aunque libre de toda culpa, sea éste el que soporte, en forma de reparación pecuniaria, el daño procedente de sus actos. En otros términos, el que hace algo debe soportar los riesgos de su acto. La noción de culpa, sucedánea de la penalidad, debe desaparecer del derecho privado. Así, se cumple la frase premonitoria de Ihering: *“La historia de la idea de la culpa se resume en su abolición constante.”*

El problema, se reduce a establecer si existe responsabilidad civil al margen de la culpabilidad (negligencia o dolo), y si ello se compadece con una noción real de justicia. Desde esta perspectiva, dice, no hay duda que la cuestión es ideológica y no jurídica. Es curioso constatar que la responsabilidad objetiva, fundada única y exclusivamente en la producción del daño, es un retroceso en el desarrollo jurídico y una forma de restablecer el primitivo derecho de venganza. (Rodríguez Grez, 1999).

“El hombre de las legislaciones primitivas no se preocupa de la culpabilidad del que le lesiona. Su instinto reacciona ciegamente contra quien ataque a su persona o a sus bienes. Hiere a quien le hiere, ya sea un niño, un loco, un animal o un objeto material. De ahí el origen probable de las acciones (...) que habrían tendido primitivamente (...) al abandono del autor del daño, esclavo,

animal u objeto material en manos de la víctima, a fin de permitirle ejercitar su derecho de venganza privada.” (CAPITAN, 1961).

La culpabilidad, en la medida que entorpece el ejercicio de la acción rescisoria, tiende, si no a desaparecer, al menos a atenuarse con las tendencias modernas. Se deduce entonces que, si bien la responsabilidad subjetiva sigue siendo la regla general en materia de responsabilidad, está complementada y atenuada por las presunciones de responsabilidad, por los casos de responsabilidad objetiva fundados en el riesgo, por los casos de seguros y cauciones obligatorias y por la noción del riesgo como una forma de culpa moderna.

En el marco de estas reflexiones, se hace un distingo a propósito de la responsabilidad objetiva: ella puede ser responsabilidad por riesgo y responsabilidad fundada exclusivamente en el daño. En el primer caso, lo que se sanciona no es el daño, sino el riesgo, vale decir, la creación de una atmósfera que facilita y hace posible la consumación del daño. Como ya se estudió, el fundamento jurídico de la responsabilidad lo encontramos en la relación causal, que se extiende retroactivamente a un hecho anterior al acto que causa el efecto dañoso. En el segundo caso responsabilidad objetiva fundada exclusivamente en el daño-, lo que se procura es restaurar el equilibrio patrimonial que se ha roto por obra de un acto del autor del daño. Aquí, el fundamento de la responsabilidad es la mera relación causal que liga al acto y a su consecuencia dañosa. (Rodriguez Grez, 1999).

La responsabilidad objetiva por creación del riesgo supone la existencia de un acto de la persona responsable que ha alterado el escenario en que se desarrolla una determinada actividad en términos de facilitar, inducir o hacer posible la consumación de un daño. Tal ocurrirá, por ejemplo, con el empresario de turismo aventura, que pone a sus clientes en situación de sufrir un daño probable y de ordinaria ocurrencia en esa actividad.

2.1.7.Responsabilidad de los progenitores ante la falta de reconocimiento de la filiación del hijo extramatrimonial.

La responsabilidad civil nace frente a la falta de reconocimiento espontáneo de la filiación extramatrimonial. Dicha falta constituye un hecho ilícito, que obliga a reparar el daño material, moral y personal, encontrando sustento en el principio general de no dañar a otro.

El daño indemnizable es el que resulta de una conducta ilícita del agente imputable. El deber jurídico de no dañar es suficiente, aunque no hubiera una disposición legal más específica que obligara al progenitor (padre o madre) a reconocer a su hijo. El no reconocimiento constituye un obrar voluntario asumido con discernimiento, intención y libertad.

Para determinar esta responsabilidad es necesario que se den ciertos presupuestos, que son los mismos que tipifican cualquier clase de responsabilidad civil que son: antijuricidad, daño, factor de atribución y relación de causalidad entre el hecho y el daño producido.

2.1.7.1. Antijuricidad.

Es necesario determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que genere la obligación legal de reparar el daño causado por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial.

El reconocimiento constituye un acto voluntario y personalísimo, y como tal no configura una obligación jurídica exigible al progenitor que no la realiza.

En este caso la antijuricidad sería difícil de probar ya que, si nos atenemos a este caso en particular, con la simple omisión de la conducta no se configuraría un hecho antijurídico, ya que el reconocimiento constituye un acto jurídico voluntario. Pero en este caso, la antijuridicidad de la omisión aparece claramente si al lado de las prohibiciones expresas que la ley prescribe, surgen, con idénticas consecuencias, principios morales y éticos de conducta y de convivencia, que muchas veces son el espíritu mismo de la ley infringida.

(Llambias, 1973) enseña que "cuando la desaprobación legal surge limpiamente de ordenamiento jurídico, apreciado en su plenitud, es indudable que el acto es ilícito, aunque falte un texto explícito que prohíba su realización".

Por nuestra parte, es suficiente la lesión de una norma moral para hacer que este daño sea resarcible.

A su vez, dice (Llambias, 1973), el comportamiento ilícito puede consistir en una acción o en una omisión. No cabe apelar aquí a que la responsabilidad por el daño causado en virtud de una omisión solamente procede "cuando una disposición de la ley impusiera la obligación de cumplir el hecho omitido". Dado que lo prohibido por ley no es solo lo explícitamente reprobado por ella, sino también lo inequívocamente descalificado o desautorizado por el derecho, igualmente debe concluirse que hay necesidad de obrar toda vez que la pasividad sea desaprobada o descalificada por el ordenamiento jurídico mediante un mandato explícito del legislador de obrar, o por la imposición de una sanción al sujeto inactivo o por el abuso de libertad de abstenerse en que el incurra.

Expresa también (Mosset Iturraspe, 1982): "la antijuricidad de la omisión deviene, claro está, de la trasgresión de una obligación jurídica de obrar, pero con un alcance amplio que abarca los deberes legales y también los impuestos por las buenas costumbres y el orden público, al igual que los dictados por la buena fe".

Es por esto que nosotros sostenemos que el no reconocimiento de un hijo propio, aunque sea concebido fuera del matrimonio es un hecho moral y jurídicamente reprochable del cual surge la obligación de resarcir el daño causado al hijo.

La primera sentencia sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios por el no reconocimiento del hijo data de 1988, expedida por la Cámara Nacional Civil y Comercial de San Isidro, República de la Argentina; fallo que por su trascendencia justifica citar las consideraciones que el Dr. Arazi formula:

- ❖ Es exacto que el reconocimiento se efectúa mediante un acto voluntario de emplazamiento (Art. 897 Código Civil de Argentina) pero esto no significa que se tenga derecho a no reconocer al engendrado (por un hombre) o alumbrado (por una mujer).
- ❖ Desde el momento en que el hijo es engendrado nace la filiación biológica y el correspondiente derecho a que sea revelada tal filiación biológica en el momento oportuno, de manera que sea posible ostentar una filiación jurídica.
- ❖ En el supuesto de la filiación extramatrimonial, el mentado derecho del menor engendrado no se satisface con solo la filiación materna o paterna: tiene derecho a ambas. Más todavía, tiene derecho a gozar del apellido paterno.
- ❖ Los derechos de las personas se encuentran limitados por los derechos de las demás (art.32, inc.2º, Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- ❖ La filiación y el consiguiente apellido constituyen atributos de la personalidad que no pueden ser legalmente desconocidos al titular.

También constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso, mediante la negativa infundada a la realización de las pruebas biológicas para determinar la filiación.

Analizando estas consideraciones de la jurisprudencia argentina, plenamente aplicables a nuestro ámbito jurídico, surge claramente la tendencia respecto del daño producido al hijo extramatrimonial por su progenitor no reconociente.

2.1.7.2. Daño.

El hijo cuenta con un interés subjetivo jurídicamente tutelado. Creemos que este interés no se refiere sólo al daño material por la falta de sustento económico, sino al daño moral y de la persona que ocasiona al no reconocer

un derecho personalísimo como es la dignidad personal, la protección de la integridad moral, la identidad, el nombre.

El daño indemnizable es el que resulta de una conducta ilícita, del agente imputable. El deber jurídico de no dañar a otro es suficiente, aunque, no hubiera un deber jurídico específico que obligara a los progenitores a reconocer a su hijo. El no reconocimiento constituye un obrar voluntario asumido con discernimiento, intención y libertad.

Para (Zannoni, 1992) el no cumplimiento del deber jurídico de reconocer implica una violación del deber de no dañar, lo que hace a quien incurrió en esta omisión jurídicamente responsable por los daños causados a aquel que tenía derecho a esperar el cumplimiento del mentado deber.

La falta de reconocimiento de la paternidad autoriza a reclamar todos los daños materiales y morales provenientes de la conducta pasiva, según KEMELMAJER DE CARLUCCI, quien también advierte, que dichos daños deben guardar una adecuada relación de causalidad con la omisión incurrida ya sea del padre o de la madre.

En la reparación de los perjuicios derivados de la falta de reconocimiento, ha predominado el daño moral. Compartimos con la opinión doctrinaria de (Zannoni, 1992) que el daño moral consiste en cualquier perjuicio en la persona.

La falta de malicia o culpabilidad evidente carecen de incidencia respecto del daño moral, porque su naturaleza es eminentemente resarcitoria y no punitiva.

En este punto resulta valioso citar la jurisprudencia argentina contenida en el fallo de la Primera Cámara de Apelación Civil y Comercial de La Plata, Sala III, del 10-3-94, se estableció que:

- ❖ Los incapaces absolutos por razón de la edad, los insanos y los niños de pocos años tienen aptitud para experimentar el daño

moral. Lo que permite caracterizar jurídicamente al daño extrapatrimonial no es el sufrimiento particular al que se refiere, sino la violación de derechos inherentes a la personalidad humana (a la vida, a la integridad física, al honor, a la identidad, etc.) de los que también son titulares los menores. Un menor de 3 años puede sufrir, y hondamente, el agravio o dolor moral. No es cuestión que dependa del discernimiento cuya aparición la ley argentina fija en distintas edades cronológicas según se trate de actos lícitos o ilícitos (Art.921 Cód.Civil.) sino de un mínimo de socialización o desenvolvimiento personal que, progresivamente, se abre a la experiencia social.

- ❖ El dolor o padecimiento que coexisten con las situaciones de daño moral, no son intrínsecamente el daño moral, sino su exteriorización o sintomatología corriente. Cualquiera sea la ubicación doctrinaria del interprete con respecto a la naturaleza o esencia del daño moral, siempre es propiciable la reparación del que causa la deliberada omisión de un progenitor que se abstiene a reconocer a su propio hijo, negándole el uso del apellido paterno e impidiéndole ubicarse en el emplazamiento familiar que le corresponde.
- ❖ El no reconocimiento paterno hiere groseramente una de las manifestaciones constitucionales más preciadas de la personalidad espiritual del afectado: su derecho a la identidad, los derechos que de este se desprenden (al nombre, al emplazamiento familiar, a las relaciones familiares que son su consecuencia, a ser alimentado y acompañado en el desarrollo, crecimiento y supervivencia). Tal lesión o menoscabo (al interés o bien jurídico dañado o al "capital moral" agredido) debe ser reconocido.

2.1.7.2.1. El daño. Teorías.

No caben dudas sobre la antijuridicidad del comportamiento de quien no reconoce voluntariamente la paternidad; y es lógico que tal actitud pueda

desencadenar perjuicios materiales y morales de gran magnitud, que a la luz del Derecho deben ser resarcidos.

En efecto, la falta de reconocimiento voluntario y oportuno se traduce en un menoscabo que se confunde con la existencia misma de la persona (. art. 1969 del Código Civil), con claras e indiscutibles repercusiones: el hijo se ha visto impedido de ejercer los derechos que son inherentes al estado de familia (vg. no contar con el apellido paterno, ni con la asistencia –al menos material– del progenitor, no haber sido considerado su hijo en el ámbito de las relaciones humanas, etc.). o daño a la “vida de relación” (derechos personalísimos), puede desencadenar jurídicamente no sólo daños a intereses extrapatrimoniales, sino también a intereses patrimoniales (Perú arts. 1969, 1984, 1985 del Código Civil).

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

“[...] el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y, consiguientemente, es siempre un interés humano [...]”. Entonces el hijo, ante la falta antijurídica de reconocimiento, opone un interés tanto patrimonial como

extrapatrimonial, pues el menoscabo sufrido afecta, imposibilita, en su esfera propia, la satisfacción o goce de bienes jurídicos (derechos personalísimos) sobre los cuales él ejercía una facultad de actuar. Esta facultad de actuación en la esfera propia del damnificado constituye su interés; el daño ha lesionado ese interés. Y ese interés dañado es doble: (Zannoni E. A., 1998).

- a) por un lado, un interés extrapatrimonial indiscutible, *in re ipsa*, por el sólo hecho de no reconocimiento prolongado en el tiempo que afecta sus derechos personalísimos; y,
- b) por el otro, un interés patrimonial consistente en la imposibilidad de contar con la cuota alimentaria pertinente (verdadero derecho subjetivo), lo que se traduce en una “lesión al crédito”, de origen legal, al que se encuentra indefectiblemente sometido el progenitor con respecto a su hijo, en un todo de acuerdo a las normas relativas a la patria potestad (arts. 418 a 471 del Código Civil).

Resulta claro que a través del goce y titularidad de un bien jurídico u objeto de satisfacción de carácter no patrimonial (en nuestro caso el derecho a la identidad, al nombre, a la filiación biológica); las personas satisfacen no sólo intereses extrapatrimoniales sino además un interés patrimonial: la asistencia material dispuesta por las normas del derecho alimentario. El daño en la responsabilidad civil es una lesión a un interés humano jurídicamente protegible.

En suma: el objeto del daño es el objeto de la tutela jurídica. Y no caben dudas que tanto el derecho a tener una identidad acorde a la realidad biológica (interés extrapatrimonial), como el derecho a contar desde el nacimiento con una vivienda, alimentación, vestimenta, educación, asistencia médica, etc., conforme a la condición social y económica de los progenitores que éste estado filial implica (interés patrimonial o de apreciación pecuniaria), son, ambos, verdaderos derechos subjetivos que gozan de una auténtica y acabada tutela jurídica. El menor no reconocido tiene un legítimo interés jurídico por

alcanzar el reconocimiento judicial de estos derechos. Y no hay que olvidar que el interés es la medida de las acciones.

La falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, el que puede ser material o moral según la índole patrimonial o extrapatrimonial de sus consecuencias, daño que surge de la naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde.

Con relación al daño moral, si bien parte de la doctrina entiende que no requiere prueba, pues se demuestra con la verificación de la titularidad del derecho lesionado del reclamante y la omisión antijurídica “in re ipsa”, otros autores tales como De Basset M. (1997) propician la producción de pruebas tendientes a acreditar en cada caso en particular las secuelas o menoscabos que la falta de reconocimiento produce, posibilitándose así una apreciación más sutil y subjetiva por parte del juzgador.

Desde el punto de vista psicológico, las secuelas que se producen ante la falta de reconocimiento paterno han sido ampliamente admitidas en el ámbito judicial, refiriendo la existencia de un "daño psíquico marcado al transitar en la vida con el apellido materno y sin poder alegar la paternidad" "cuestionamiento de la propia personalidad y la inseguridad en todos los campos" "Con respecto al daño material, y en la medida que la indemnización debe ser integral, corresponde resarcirlo de probarse que la ausencia de reconocimiento ocasionó carencias materiales. Se produciría, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoce tiene pocos recursos económicos y cuenta con un padre biológico que posee una capacidad patrimonial que le hubieran permitido el acceso a una mejor educación o nivel de vida.

La necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento.

Creemos que de lo se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil, más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo.

Por lo tanto, lo que se debe resarcir, específicamente, es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia y ausencia de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario.

Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial como lo es el derecho a la identidad y, especialmente, el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar puede producir daño moral o daño patrimonial.

El daño moral deviene de la falta a la identidad, específicamente familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia determinada.

El daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Éstas pueden o no producirse; se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderoso que, de haberlo reconocido, le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales.

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

La falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, el que puede ser material o moral según la índole patrimonial o extrapatrimonial de sus consecuencias, daño que surge de la naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde.

Si bien es cierto la noción de daño, tanto en la Doctrina como en la jurisprudencia, corresponde tanto al detrimento, pérdida o menoscabo que puedan afectar a una persona en sí mismo, como a los que puedan comprometer su patrimonio.

Entender como daño al menoscabo a un bien, implica dar un concepto demasiado amplio y general que le resta trascendencia. Para salvar el concepto, debemos relacionar el menoscabo con el derecho, para así precisarlo.

A la idea del menoscabo a un bien debe agregársele la de que sea producido en violación a una norma jurídica (antijuridicidad), y la de hacer nacer la responsabilidad de la persona.

Esta idea de lesión, aunque ampliada, no es completa: produce un efecto multiplicador en relación a la cantidad de bienes lesionados: físico-patrimonial-espiritual-psíquico-estético-lucro cesante-emergente-privación de uso en sí mismo, etcétera. Y también decir que daño es la lesión a un bien o derecho subjetivo, es erróneo, porque es algo difuso, ya que encontramos derechos subjetivos que no dan al resarcimiento, pues son sólo interés de hecho.

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

Si queremos clasificar el daño resarcible, no hay que atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo. Esto es, a los efectos y consecuencias de la lesión.

Aquí encontramos la connotación que queremos: No puede definirse algo por sus consecuencias, las secuelas o efectos que pueden ser tanto patrimoniales como espirituales no son el daño mismo, son parte de él. Es por ello que cabe aquí decir que el Daño será toda lesión a un interés legítimo.

2.1.7.2.2. El daño cierto.

2.1.7.2.2.1. El daño efectivo.

Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero, ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño.

Notemos que, en algunas ocasiones, el mal implícito en el peligro puede no realizarse y sin embargo, el mismo hecho de haber existido peligro crea un daño de otro orden. Por ejemplo, un propietario descuidado deja abierta la reja de su casa por la que se escapa un feroz perro doberman que se arroja sobre una anciana con el propósito de morderla. El propietario del animal lo detiene antes de que logre hincar los dientes, pero la anciana cae al suelo a causa del impacto y se rompe un brazo, No cabe duda de que, aunque el peligro de una mordedura no se ha materializado, se ha producido otro daño reparable, constituido por la rotura del brazo. Aún más; puede no existir materialidad en el nexo causal; supongamos que el propietario detiene con un grito al animal antes de que se abalance sobre la señora, a la que no llega a tocar-. Sin embargo, la señora retrocede por el susto de ver al animal corriendo hacia ella, y esto la hace tropezar y caer, con el mismo resultado de la fractura del brazo. No cabe duda de que estamos aquí también ante un daño cierto producido por el ataque del perro y no simplemente ante un mero peligro.

El caso nítido de daño no cierto luego, no reparable sería el del pasajero que decide por razones personales no tomar avión que luego se estrella; evidentemente, no puede reclamar daños y perjuicios alegando que pudo haber sido parte del desastre. Aun cuando este caso resulte *ex profeso* caricaturesco con fines de exposición, la realidad proporciona muchas situaciones intermedias en las que la distinción entre el daño y su mera eventualidad o expectativa no es tan clara.

2.1.7.2.2.2. El daño indirecto.

Hay una noción cuyo carácter equívoco tiende a obscurecer innecesariamente la teoría del daño: la idea de un daño indirecto.

Esta expresión es usada por los autores y por la jurisprudencia con múltiples sentidos.

Unas veces, el daño indirecto resulta un equivalente del daño extrapatrimonial: frente a la directa materialidad de un perjuicio, se señala la existencia de otros daños indirectos que no vulneran intereses económicos sino morales. Sin embargo, con el propósito de identificar claramente el objeto de que se habla, preferimos utilizar en este caso la denominación de daño extrapatrimonial o aun la de daño moral (a pesar de las dificultades que este adjetivo encierra) ya que estos daños también son directos, aunque de naturaleza distinta a la de los daños económicos.

Otras veces la expresión daño indirecto se usa para señalar la falta de ganancia originada por el perjuicio, como un elemento distinto y complementario del daño en la integridad corporal o en el patrimonio de la víctima: no sólo perdió un brazo y tuvo que hacer frente a los gastos de hospitalización, sino que además no pudo trabajar durante seis meses lo que le impidió percibir su ingreso habitual. Pero aquí las expresiones de daño directo y daño indirecto están siendo usadas como sinónimos de daño emergente y de lucro cesante, En consecuencia, para evitar confusiones, preferimos no recurrir

a esta sinonimia debido a que la fuerza significativa de los adjetivos "directo-indirecto" no se agota en la situación descrita, sino que inevitablemente evoca otros conceptos ajenos a las ideas de daño emergente y de lucro cesante los que pueden desvirtuarlas.

También se ha empleado esta expresión para distinguir los daños inmediatos del accidente (directos) y sus consecuencias dañinas futuras (daños indirectos). Desde esta perspectiva preferimos hablar de daños futuros, lo que refleja mejor lo que se quiere decir.

Finalmente, se ha utilizado también la denominación de daños indirectos para referirse a aquellos perjuicios que no son sufridos por la primera víctima (víctima directa) del accidente sino por otras personas a través de una cascada causal de daños: el caso de Ulpiani que choca con el automóvil de Papiniani, el cual, al desviarse de su curso, atropella y mata a Traso, éste último habría sufrido un daño indirecto. Este parecería ser la acepción más propia del daño indirecto.

2.1.7.2.2.3. El daño futuro.

Pero, independientemente de la denominación que le demos, ¿es indemnizable el daño futuro? Con ello no nos referimos al lucro cesante -que, en realidad, puede ser a su vez presente o futuro- sino al daño que todavía no se ha producido al momento de sentenciar pero que puede preverse con toda seguridad que ocurrirá más tarde como consecuencia retardada del mismo acto dañino. Por consiguiente, el daño futuro no lo es propiamente tal, sino que está ya implícito en el acto dañino. El ejemplo clásico es el del accidentado que deberá seguir realizando gastos para su rehabilitación, aun después de expedido el fallo indemnizatorio.

Ese daño futuro, así entendido, es considerado como resarcible por la doctrina. Como dicen los hermanos Mazeaud y André Tunc, desde el punto de vista de la posibilidad de reparación "no debe distinguirse entre el perjuicio

actual y el perjuicio futuro, sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio hipotético, eventual; sólo este último no es reparable.

No cabe duda de que este daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia. Pero el juez puede tomarlo en cuenta si existe la posibilidad efectiva de que se produzca. En términos aristotélicos, podríamos decir que el daño futuro es un daño ya existente en potencia, que se convertirá en acto con el transcurso del tiempo. Por consiguiente, la posibilidad de lograr una indemnización por este daño potencial y no actual radica en la capacidad de crear una convicción en el juez de que el daño se producirá, es decir, en facilitarle al juez un conocimiento de lo que ya está potencialmente implícito en la conducta dañina del causante. De Cupis A. (1970) se refiere a ello como a una "*Función profética*" que corresponde al juez, porque tiene que leer el futuro en el presente: otorgará indemnización en la medida que vea el daño futuro como relativamente cierto.

En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia peruana al reconocer indemnizaciones para las víctimas, que toman en cuenta el daño futuro.

En el juicio seguido por el Guardia Civil Fabio Francisco Ticona Valdivia contra el Capitán de Sanidad de Policía doctor Gilberto Robles Rázuri por el hecho de que éste último lo atropelló, el Fiscal Garcia A. (1993) opinó (habiendo sido acogida su opinión por la Corte Suprema) que el monto fijado por el Juez de Primera Instancia para la indemnización era procedente atendiendo a que el daño condenaba a la víctima a "un programa de invalidez de por vida". Por consiguiente, en la mente del Fiscal estaban presentes no sólo los daños ya sufridos por Ticona sino los que sufriría por el resto de sus días.

2.1.7.2.3. El daño probado.

2.1.7.2.3.1. La probanza del daño.

Una condición que aparentemente se deriva de la anterior -pero que puede presentar algunas peculiaridades- es que el daño se encuentre probado.

De primera intención, podríamos pensar que esta referencia es innecesaria pues si se establece que un daño es cierto, ello significa que está probado. Sin embargo, aún cuando esto es exacto en términos generales, existen diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño; y, a su vez, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juez impone diferentes exigencias de probanza en el demandante (víctima).

Al igual que en cualquier otro campo, salvo que intervenga una presunción (como en el caso de la culpa), rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que el incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo. En este sentido, los Tribunales han negado indemnización cuando el daño no ha sido acreditado. Así, en el juicio seguido por doña Gloria Mújica Cabezas contra doña Marta Dancuart Accinelli y otra, la Corte Suprema por Ejecutoria de 27 de marzo de 1974 negó indemnización por lucro cesante a la demandante por no haber acreditado este tipo de datos".

Es importante destacar que la presunción de culpa establecida por el artículo 1969° del Código Civil, no es presunción de daño. Por consiguiente, si bien el demandante (víctima) no requiere probar la culpa del demandado (agente), tiene en cambio que probar necesariamente su propio daño. De esta manera, la probanza del daño por el actor es una regla general, que se aplica, aunque funcione la presunción de culpa. Evidentemente, por las mismas razones, esta regla se aplica a los casos de responsabilidad objetiva

2.1.7.3. Factor de atribución.

La omisión del reconocimiento tiene fundamento en la responsabilidad extracontractual, por provenir de la violación de un deber legal y no del incumplimiento de un contrato, pudiendo ser esta omisión dolosa o culposa.

En principio se le atribuirá responsabilidad a aquel que no pueda justificar un error excusable. La culpa es el presupuesto necesario de la responsabilidad y debe ser acreditado por el damnificado. En caso de que sean invocadas circunstancias especiales que pongan en evidencia la dificultad de demostrar el conocimiento del embarazo o parto por el omitente, puede ser admisible excepcionalmente un desplazamiento de la carga de la prueba.

No se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva per se. Parece entonces que la tendencia es hacia la erradicación de la existencia de una culpa objetiva, en sentido estricto.

No obstante, se han reconocido eximentes, como el error excusable debidamente justificado, la ignorancia, el ocultamiento del embarazo y del parto. Tampoco será precedente la indemnización cuando la negativa a reconocer el hijo hubiera tenido motivos serios, como ocurrió en el supuesto de tener el padre fundadas dudas sobre su paternidad, por ejemplo, en el caso de la madre haber vivido o tenido relaciones sexuales con terceros en la época de la concepción y no haberse efectuado por razones que le son ajenas los pertinentes análisis sanguíneos para la determinación de la paternidad.

No bastaría para eximirse de responsabilidad si mediare negativa a la realización de pruebas biológicas.

2.2. LA INDEMNIZACIÓN

2.2.1. Concepto.

La indemnización, es la suma de dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un perjuicio o un daño. El propósito de esta cantidad de dinero

percibida por la víctima se encuentra en discusión dividida a nivel doctrinal. Por un lado, cierto sector establece que posee carácter resarcitorio; y por el otro, se sostiene que es de carácter punitivo o sancionatorio. (Osterling A, 2010).

Resulta obvio, que en materia de responsabilidad civil la reparación del daño es una obligación de naturaleza civil, a diferencia de las penas de privación de la libertad, que son punitivas y privativas y que operan en materia penal.

Así, el fundamento de la responsabilidad se centra en la regla moral que establece que nadie está facultado jurídicamente para causar daño a otro. Si uno transgrede dicha regla, está obligado a reparar o responder por los perjuicios causados, sea que estos deriven del incumplimiento de una obligación previamente contraída (responsabilidad civil contractual), o sea que emanen de un hecho previsto por la norma jurídica y que viola un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado (responsabilidad extracontractual). Dicho fundamento lleva anexo el principio de buena fe que debe imperar y con el que precisan impregnarse todos los actos o negocios celebrados o a celebrarse.

En ese sentido, Alfredo Orgaz afirma que tanto la indemnización de los daños materiales como la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito.

El carácter resarcitorio de la indemnización también es defendido por Bustamante Alsina, quien manifiesta que el daño moral no difiere de la reparación del daño material, que aquél como éste no es sino especies del daño y, por consiguiente, la reparación en ambos casos cumple una función resarcitoria.

Ripert, defendiendo la postura que considera como fundamento de la indemnización la función punitiva, señala que lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Para él, los daños e intereses tienen carácter ejemplar.

Contestando esta posición se pronuncia Santos Cifuentes en su obra “El daño moral y la persona jurídica”, en la que procede a establecer la definición de la pena y en base a ello refuta la afirmación de Ripert.

“La pena no es directamente reparatoria del delito, no compone la ofensa que el delito traduce ni se impone para lograr ese objetivo, La pena no es una retribución en el sentido gramatical de esta palabra. Es retribución porque es con lo que la sociedad responde al mal que, como defensa de los derechos de los otros individuos o de la sociedad, implica el delito.”

Sin embargo, existe en doctrina una posición mixta. Ésta consiste en que, si se está de acuerdo en que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el derecho protege, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales. Así, esta posición concluye que no es posible adoptar un criterio apriorístico, dogmático, que satisfaga de antemano; y que la reparación del daño moral puede revestir el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye.

En doctrina nacional, Espinoza propone clasificar las funciones de la responsabilidad civil a partir de sus protagonistas. Señala que, con respecto a la víctima, es satisfactiva; al agresor, sancionadora, y a la sociedad, disuasiva o incentivadora de actividades. Asimismo, señala que es común a los tres anteriores la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

Por otro lado, la indemnización se trata de no dar a la víctima más de lo necesario para borrar el perjuicio sufrido, evitando de este modo que se enriquezca injustamente; pero se trata también de no darle menos,

transformando la reparación en algo ilusorio, simbólico o simplemente inconducente a los fines perseguidos.

Es así que se suele utilizar sumas de dinero para efectuar el resarcimiento del daño, toda vez que se entiende que el dinero es el único medio idóneo de dar a la víctima aquellas satisfacciones que, si no harán desaparecer los sufrimientos padecidos, por lo menos han de paliar sus efectos. Defendiendo esta posición, se encuentra el profesor argentino Alfredo Colmo, quien contradiciendo a quienes sostienen la inmoralidad de la reparación en dinero, por cuanto se materializa un valor objetivo, señala:

1. Que debiera indicarse, en todo caso, otra forma de reparación adecuada, ya que no se pone en tela de juicio con tal argumento, la necesidad misma de la reparación.
2. Que hay valores morales retribuidos en dinero a los médicos, abogados, profesores, etc., que no son mirados por eso como inmorales en ninguna parte del mundo.
3. Que la reparación en dinero es la única concebible, por lo mismo que no hay otra que pueda suplirla, por donde en el peor de los casos, resulta un mal necesario e insustituible.
4. Que en todo caso con el dinero es posible procurarse goces que compensen los perdidos.
5. Que finalmente esa reparación llena en el caso no una función de equivalencia, como en los daños pecuniarios, sino de satisfacción.

No obstante, dicha cuantificación, en la práctica, resulta complicada, tanto en los daños patrimoniales como extrapatrimoniales, ya que no se tiene en cuenta solo el objeto dañado, sino el valor para la persona.

Si se tiene en mente que “reparar” significa devolver el bien dañado a su estado anterior, fácilmente se llegaría a la conclusión de que dicha acción no es posible en todos los supuestos. De esa manera se manifiesta Bustamante Alsina cuando señala que reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, lo cual es casi imposible; es también dar a la víctima la posibilidad de

procurarse satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido. Tanto en el daño patrimonial como en el extrapatrimonial, resulta complicado para el juez, el derecho y en general para cualquier persona, devolver las cosas a su estado anterior al accidente. En estos casos, ¿deberá el juzgador abstenerse de tratar de resarcir el daño?

Claro que no, ya que lo que busca el derecho es encontrar la solución más justa posible. Por esa razón, el derecho positivo ha optado por establecer reglas de indemnización que busquen compensar el daño padecido por la víctima a través de sumas de dinero que reflejen lo más objetivamente posible el valor del bien dañado. En la misma línea de pensamiento se basa el principio que fundamenta la indemnización en los casos en que se reclama por daño moral. Así, los profesores franceses Mazeaud y Tunc señalan que la indemnización no siempre busca rehacer el bien ultrajado, sino brindar a la víctima la posibilidad de experimentar situaciones satisfactorias equivalentes a las que ha perdido.

De lo expuesto se tiene ya bastante claro que no es posible utilizar criterios objetivos para determinar la suma de la indemnización por daño moral, debido a que éste supone una afectación a un bien abstracto, solo comprobable por el propietario.

El profesor argentino Eduardo Zannoni, señala que cada juez, en cada caso concreto, condena a la reparación equitativamente teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social, de la víctima o damnificados, etc. Es decir, procurando que la “condena” realice la justicia conmutativa. Tal es el significado que debe darse al prudente arbitrio judicial que se reclama en la aplicación de las normas generales.

Además, se estima que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

De nada basta sostener que debe resarcirse a la víctima por daño moral, para luego, al tiempo de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, que nada compensa o bien, hacerlo arbitraria o caprichosamente. Ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes; ni indemnizaciones enriquecedoras; ni indemnizaciones arbitrarias. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar.

Al respecto, José A. Martín de Mundo señala que el cálculo de lo moral es solo una cuestión de hecho comprobada en la realidad de la vida: son las circunstancias de persona, lugar y tiempo, en defecto de las previsiones contractuales, las llamadas a establecer el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida, con arreglo, naturalmente, a la prueba producida por el acreedor reclamante en las actuaciones que se consideren.

Así, Mossetlturraspe y Ravazzoni, indican que, en la evaluación del daño en sí, cabe dilucidar si priman los criterios objetivos o subjetivos. Los primeros parten, en sede de daño moral, del “hombre medio”, del “interés tipo”, del “sufrimiento normal”. Los segundos, en cambio, atienden al perjudicado en concreto, a su “dolor”, a su situación personal, con base en su sensibilidad, su entorno, sus circunstancias.

Del mismo modo, se dice que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

Entonces, la cuantía debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente, ya que la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no sólo el ser punitorio, sino también un propósito de resarcimiento o compensación para la víctima. Simultáneamente, se debe analizar cada caso en particular, debido a que no todas las personas sufren los mismos malestares derivados de las mismas acciones. Es importante tener en

cuenta el perfil de la víctima, para tratar de compensar de la manera más efectiva el daño producido.

A pesar de lo expuesto, resulta necesario señalar que el derecho a reclamar la indemnización no se puede extender a todas las personas que tengan un sufrimiento. Es así que, en la doctrina nacional, De Trazegnies pone una limitación a este derecho al señalar que “no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que esta otra lo soporte.”

“Buena razón” es un término que deberá ser regulado por la jurisprudencia, ya que de indemnizar a cada persona que haya sufrido un agravio a un bien no patrimonial, se impondría al responsable la obligación de resarcir en un monto superior al daño que hubiese podido causar. Es necesario entonces encontrar criterios que delimiten el grupo de personas accesibles a este derecho.

2.2.2.Evolución de la indemnización por daño moral en el Perú.

Es, forzoso es reconocer que esta tendencia no ha sido recepcionada en nuestro país con la intensidad que ha alcanzado en otros sistemas, según vinimos a resaltar. Y ello resulta curioso pues la evolución antes reseñada no ha sido exclusiva a los países desarrollados sino también a algunos de nuestro mismo desarrollo económico o al menos semejante como Argentina o México.

En efecto, a aunque las sentencias que a diario se dictan sobre esta materia en Perú son muy numerosas, son muy pocos los estudios que se han efectuado sobre ella, en este sentido y sin temor a incurrir en una exageración bien puede decirse que la mayor parte de los litigios que se plantean en cuanto a la responsabilidad extracontractual ante nuestros tribunales son resueltos única y exclusivamente a partir de las

enseñanzas contenidas en la doctrina extranjera así como cuando se trata de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, ninguna duda cabe que muchos de los principios contenidos en las obras requieren de una urgente adaptación si se les contrasta con las tesis actualmente defendidas en el derecho extranjero. Y lo que es aún más grave si se les contrasta con las numerosas modificaciones que el desarrollo económico ha supuesto y supone para nuestro país.

Así, de una indemnización dirigida a reparar sólo los daños patrimoniales o con contenido patrimonial como parece haber sido la idea de los Códigos decimonónicos, se admite en la actualidad sin lugar a dudas, que ella debe extenderse a los llamados daños extrapatrimoniales o morales. Ello implica que el concepto de daños resarcible, tradicionalmente circunscrito al ejercicio de carácter pecuniario, se ha extendido para incorporar a aquellos que carecen de tal contenido

En efecto, nadie puede desconocer que el Perú ha sufrido grandes transformaciones económicas. Esta es una constatación que todo peruano mayor de cincuenta años se encuentra en condiciones de atestiguar y hablar de desarrollo económico supone hablar de desarrollo industrial, de mejora en las condiciones de vida, de llegada al país de numerosos avances tecnológicos, de incorporación a la vida diaria del peruano de una serie de actividades antes desconocidas, sino para todos, para un gran segmento de la población o incluso algunas para toda ella y que entrañan claramente un aumento de sus situaciones de riesgo:, empleo cotidiano de medios de transporte, exposición continua a deterioros del medio ambiente, lesiones irreparables ocasionadas por equipos médicos o quirúrgicos, aumento alarmante de los vehículos participantes en accidentes de tránsito y de todas sus secuelas, tales como muertes y lesiones, entre otras.

Frente a tales transformaciones, los criterios tradicionalmente empleados en nuestro sistema para solucionar los problemas en materia de responsabilidad resultan anticuados, pues ellos permanecen fieles a las

clásicas interpretaciones propuestas a los códigos decimonónicos, por ejemplo, en Francia o en España. Y estas, abandonadas en gran parte en tales países, siguen vigentes en el nuestro.

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

2.2.2.1. Problemas pendientes. Su solución a la luz del derecho comparado.

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

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

punto. Bien podríamos incluirle, en este sentido, en esas “ideas esenciales que se resisten a la definición” que destacaba para todo orden de investigación. (CAPITAN, 1961).

Y es que, ciertamente, la precisión de una noción de daño moral encuentra su dificultad en la confluencia de una serie de factores que la agravan de manera importante.

Así, por lo pronto, no existe ni siquiera unanimidad terminológica para referirse a esta clase de perjuicio. La denominación más usual en la mayor parte de los sistemas como ya hemos visto tanto en el romano, Germánicos (España, Chile, Perú, Argentina, México), entre otros es la de daño moral. Siguiendo la nomenclatura francesa que opone al daño material el moral. Otros, como en Italia, le denominan daño no patrimonial, daño inmaterial en Alemania o aun daño no pecuniario (pecuniary loss) como acontece en el Common Law. Y si se trata del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual, los adjetivos empleados son también variados: daño moral contractual, daño moral derivado de incumplimiento, daño moral derivado de contrato.

Esta diversidad terminológica no es meramente anecdótica sino tremendamente reveladora de la complejidad que presenta esta noción en cuanto supone, por esencia confrontarla con otra categoría, en principio antagónica, como es la de daños patrimoniales materiales. Esta distinción teóricamente nítida es en la práctica, bastante más oscura desde que los alcances económicos del perjuicio alcanzan mejor el efecto del daño que con el daño, mismo. Así, la pérdida de un bien o derecho no patrimonial puede producir consecuencias económicas importantes, como lo pone de manifiesto el ejemplo doctrinario clásico de la pérdida de un miembro importante de la víctima cuyas secuelas en su capacidad laboral y posibilidades de remuneración son más que evidentes. Y lo mismo puede demostrarse en el sentido inverso, esto es que los daños materiales pueden perfectamente causar pesar o aflicción como la pérdida de algún bien que trae recuerdos

de familia o vivir traumatado y humillado al no contar con el reconocimiento del padre.

Por otra parte, conviene tener presente que la precisión conceptual tiene una trascendencia no solo didáctica sino práctica, aunque con distinta intensidad en cada sistema jurídico. En efecto, resulta imprescindible en aquellos derechos que, pese a admitir ampliamente la reparación del daño patrimonial, restringen la indemnización del daño moral como sucede en Italia o en Alemania o, incluso la rechazan en ciertos casos, como sucede entre nosotros con la indemnización por causa de utilidad pública es decir solo comprende la reparación del daño extrapatrimonial efectivamente causado. En cambio, deviene menos urgente en aquellos derechos que admiten una concepción muy amplia y genérica del daño como en España, Francia o, en términos generales, en Chile. Sin embargo, aún en estos últimos tiene importancia delimitar esta noción si tenemos presente que las modalidades de apreciación de lo no patrimonial no podrán ser nunca las mismas que de lo patrimonial, por naturaleza susceptible de mayor precisión. No es de extrañar entonces que, por todos los motivos expuestos, la variedad de concepciones doctrinales y jurisprudenciales propuestas sea absoluta, pues van desde quienes le niegan toda autonomía al daño moral incluyéndole en otras categorías de perjuicios hasta quienes los configuran como una categoría de perjuicios muy amplia y que, por ello, comprende a su vez varias subespecies.

Con todo, algunas evoluciones pueden percibirse en la materia, aunque con la prevención de que ella es perceptible de manera nítida, principalmente en sistemas derivados del Código Civil francés.

Así, resulta inadmisibles en el presente toda concepción que circunscriba el daño moral a las consecuencias no económicas del perjuicio patrimonial desde que, como se ha advertido, la tutela de los bienes e intereses extrapatrimoniales se justifica por sí misma. Este es precisamente uno de los grandes progresos de la evolución habida en general en materia de responsabilidad civil.

Tampoco prestan ninguna utilidad todas aquellas nociones que, afirmando la autonomía del daño moral, le definen de forma negativa, por contraposición al daño patrimonial, esto es, en síntesis, aquellas que entienden que la clase de perjuicio en estudio está constituida por todo lo que no es patrimonial De Cupis A. (1970).

Absolutamente superada está también aquella tesis que identifica daño moral con el *pretium doloris* o *pecunia doloris*, esto es, según las palabras de Scognamiglio, con “los dolores, las turbaciones psíquicas que derivan del quebranto padecido”. Curiosamente, esta es la concepción mayoritariamente acuñada en nuestra jurisprudencia, como puede percibirse en las siguientes definiciones dadas por nuestros tribunales: “daño moral es el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más cercanos” o daño moral consiste en el dolor psíquico, y aun físico en sufrimientos, en general- que se experimenta a raíz de un suceso determinado.

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

Frente a los efectos que presenta esta concepción – la que dio inicio a la evolución se han propuesto una serie de otros criterios que simplemente enumeramos, por orden cronológico de aparición, pues su análisis en particular excede los límites de un trabajo como este: daño moral como menoscabo de un derecho extrapatrimonial, como menoscabo a los bienes de la personalidad, como “modificación discaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, provocada por la lesión a un interés distinto de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial” (que constituye la concepción más desarrollada en la civilística argentina pero que, como puede percibirse, es extremadamente confusa), como una especie de daño patrimonial, etc. Y no continuamos con la enumeración, pues podríamos seguir casi indefinidamente, en efecto, frente a cada nueva tesis surge la crítica y, con ello, la necesidad de proponer una nueva, con la que la creación en esta materia es infinita.

En verdad, nuestra opinión es que, ante la variedad de criterios propuestos para precisar el contenido del perjuicio, en principio opuesto al daño patrimonial, ante la diversidad de nomenclaturas empleadas para referirse a él y, después de revisados los intentos más importantes de definición propuestos desde su creación, estudio efectuado con ocasión de mi tesis de maestría, varias constataciones resultan ostensibles.

En cuanto a la nomenclatura, aunque el rigor teórico pareciera aconsejar el abandono del adjetivo “moral”, inductivo a entender tal perjuicio como de orden espiritual, su empleo habitual en las sentencias, en los comentarios doctrinales o en las propias leyes, recomienda su mantenimiento, tanta denominación universalmente conocida, a condición de que se emplee en un sentido amplio; equivalente al daño extrapatrimonial o no patrimonial.

En cuanto a su contenido, por otra parte, los esfuerzos por dar una definición absoluta del daño moral se han revelado infructuosos y aun podríamos decir que son inútiles. Por un lado, porque la tendencia más acusada del Derecho contemporáneo es la de reparar todo dolor, incluso

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

2.2.3. Naturaleza y fundamento de la Responsabilidad Paterna ante la falta de reconocimiento voluntario.

Delgado O. (2011) Uno de los problemas tratados por la doctrina actual es poder establecer cuáles serían los daños resarcibles en el ámbito no patrimonial.

Al analizar el daño moral, ingresaríamos a uno de los problemas que encuadra como es su reparación. La reparación del daño ha tenido una evolución importante a través del tiempo. Algunos juristas negaron la reparación del daño, argumentando primero que el daño extrapatrimonial es inconmensurable, es decir, no puede ser medido; lo que en cierto modo es real, pero no óbice para su admisión, aunque difícil valuación, legítima reparación.

En segundo lugar, no podría ser compensado, pues el equivalente al dolor es otro dolor. Si bien el dinero no equivale al dolor inferido tiene carácter satisfactorio para que la víctima pueda paliar el sufrimiento.

Por último, el argumento de que no se puede poner precio al dolor, situación evidentemente inmoral: el dolor no puede ser fuente de lucro.

Dentro de las tesis afirmativas se distinguen:

La cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo.

Si bien la idea de reparación de los daños y perjuicios entre miembros de una familia tiene resistencia por considerarla atentatoria de la armonía de dicho ámbito, hoy prevalece el criterio favorable a su admisión, abarcándose entre los posibles supuestos la pretensión resarcitoria emanada de la falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial.

El tema relativo a los daños derivados de la ausencia de reconocimiento paterno ha nacido y evolucionado en la Argentina a la luz de los precedentes jurisprudenciales dictados en la década de los '90 y fines de los '80, ubicándose el inicio de la evolución en el año 1988, año en que (ARGENTINA Juzgado nro. 9 de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Isidro, 25-3-88, E.D. 128-333.) la doctora Delma Cabrera, titular del Juzgado nro. 9 en lo Civil y Comercial en San Isidro, dictó el primer precedente jurisprudencial; a partir de esa fecha los tribunales argentinos han aceptado favorablemente los reclamos indemnizatorios de hijos extramatrimoniales no reconocidos voluntariamente por sus progenitores, fundados en los principios generales sobre responsabilidad civil, ello en la medida que no existe ninguna norma especial que regule la temática de la responsabilidad en las relaciones de familia en general, ni tampoco una normativa especial relativa a la responsabilidad por la falta de reconocimiento del hijo.

La ausencia apuntada no ha impedido dar curso a las pretensiones resarcitorias deducidas en estos casos, habiéndose expedido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que en fallo dictado con fecha 28 de abril de 1998, por mayoría de votos, entendió que la falta de reconocimiento del progenitor es un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil, y, por ende, derecho a la indemnización a favor del hijo menor afectado. Asimismo, se pronunció en el sentido que “ las particularidades del derecho de familia no pueden servir de sustento para denegar la reparación del daño moral ante la negativa del padre a reconocer a

su hijo, ya que, los principios de la responsabilidad civil están determinados con carácter general, por lo cual, su inaplicabilidad a las violaciones o incumplimientos de las obligaciones propias de la instalación paternal, requeriría una norma expresa al respecto” (S.C.J. B.A., 28/4/98 “P.M.D. c/ A.E. s/ filiación e indemnización por daños y perjuicios”, Ac. 59.680, E.D. del 16-2-99).

Sentado ello, deviene menester en esta materia acreditar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual y subjetiva, a saber: antijuridicidad, factor de atribución, nexo de causalidad y daño.

2.2.4.Daño Moral en el Código Civil.

A diferencia de Argentina, donde se restringe a ciertos casos el daño moral, en el Perú se otorga una protección en sentido amplio a la reparación del agravio moral. El concepto de daño moral ha sido contemplado en tres secciones de nuestro Código Civil, a saber: Derecho de Familia, Efectos de las Obligaciones y Responsabilidad Extracontractual: (Osterling F, 2010).

Artículo 1322°. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Respecto de este artículo, Max Arias-Schreiber sostiene que, si bien es difícil mensurar el daño moral, ello tendrá que someterse en definitiva al criterio de conciencia del juzgador. En ese sentido, las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios patrimoniales.

Artículo 1984°. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985°. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro

cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

De lo expuesto se aprecia que el legislador peruano ha optado por admitir la aplicación de la reparación en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual. Así, en la exposición de motivos del Código Civil de 1984 el maestro José León Barandarián señala que compete al juez fijar el monto de la reparación por el daño moral, actuando con un criterio discrecional; esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado quantum pecuniario, o sea, el daño moral sufre una especie de metástasis o trasmutación para el efecto de que él, siendo extrapatrimonial, solo puede repararse mediante una indemnización de carácter patrimonial; de otro modo, el daño moral no podría ser reparable, salvo los casos muy singulares en que cupiese la reparación in natura; así, el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia.

2.2.4.1. El Daño Moral En La Responsabilidad Civil extracontractual.

Según Pazos Hayashida 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. (Pazos J, 2007)

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.

Hayashida expresa que 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. (Pazos J, 2007).

2.2.4.2. Valuación Del Daño Moral

Señala Hayashida que la 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. La evaluación de este, en todo caso, remite a apreciar la naturaleza del interés lesionado a propósito de la extrapatrimonialidad del bien jurídico. (Pazos J, 2007).

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.

Se pueden plantear, como ejemplo, a propósito de la valuación del daño moral, algunos criterios que han surgido en la jurisprudencia argentina.

- 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. Consideramos que la norma, en este punto, puede ser objeto de interpretación.

2.2.5.La Responsabilidad Civil En El Derecho De Familia

La Responsabilidad Civil está regulada y su aplicación se extiende a distintas ramas del derecho, dentro de las cuales se encuentra el Derecho de Familia.

Sessarego expresa que el daño a la persona "... en su más honda acepción, es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir, se trata de un proyecto de tal magnitud, que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación" (Fernandez C, 1985)

Iturraspe señala que el daño a la persona es un reconocimiento del valor humanidad, en el sentido de entender al hombre como un fin y no como un medio. En consecuencia, dentro del mismo queda comprendido todo detrimento: físico, psíquico, somático y estético; individual, familiar y social; relativos a la vida de relación, de afectos, de intimidad, de proyección. (Mosset J, 1982).

2.2.6.FILIACIÓN.

2.2.6.1. Concepto.

Varse Rospigliosi señala que debe ser entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre. (Varsi E,2013).

Dice Pecorella que el concepto de filiación no tiene, en sentido jurídico, una autonomía propia: es más bien una calificación directa en la clasificación de sus varios tipos posibles de unión posible previstos en la Ley y vistos en la conciencia social sea a favor o en contra. La maternidad y la paternidad fueron siempre consideradas como hechos biológicos, antes de que el sistema jurídico les reconociera efectos jurídicos, razón por la cual la filiación fue *prima facie* como un hecho biológico o biogenético derivado del engendramiento. Es un hecho natural que existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente. Este hecho natural para

hacerse vales requiere como presupuesto el haber sido determinado legalmente. Es un hecho y relación jurídica relevante.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominación filiación biológica (hecho físico o natural), que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores. A decir de Galindo Garfias: “La filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde se deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura sociojurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc.”

Rospigliosi acota que la filiación en sentido genérico es la relación que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, aquella que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y derechos entre ambos. (Varsi E, 2013).

2.2.6.2. EL RECONOCIMIENTO

La institución jurídica del reconocimiento establece que es un acto jurídico familiar, mediante el cual una persona declara que otra persona es su hijo.

El reconocimiento a propio criterio se puede decir que es “acto jurídico” el cual tiene como finalidad inmediata emplazar al reconocido en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente, y a éste último en el estado de padre o madre, trasladando al ámbito jurídico el vínculo biológico.

En la investigación sobre el derecho a una Indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores en un proceso de filiación extramatrimonial, la condición *sine qua non* para actuar ante este problema y solicitar la reparación del daño, sería la sentencia, pues ella da lugar a la reclamación de filiación extramatrimonial. Se puede optar por acumular ambas acciones, pero la acción de daños y

perjuicios dependerá que la acción de reclamación de filiación llegue a feliz término. En el caso que se interpongan separadamente, la acción de daños y perjuicios prescribe a los dos años de haber logrado el emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial.

El deber legal de reconocer a un hijo nace para el progenitor con el acto procreacional. La procreación natural es un hecho donde intervienen dos personas, hombre y mujer, debiendo ambos asumir respectivamente su paternidad y maternidad. En consecuencia, la actitud omisiva de no reconocer es ilícita. El derecho del hijo a ser emplazado como tal es correlativo al deber que tiene el progenitor de reconocerlo.

Imputabilidad o factor de atribución: la omisión del reconocimiento puede ser dolosa o culposa, según medie intención de dañar o sólo negligencia. No se trata de una responsabilidad objetiva derivada de la falta de reconocimiento, sino que la conducta omisiva se la repudia en tanto el progenitor incurre en ella intencionalmente o negligentemente, sustrayéndose a los deberes que nacen del acto procreacional. En definitiva, será responsable aquel que no pueda justificar un error excusable que exime la responsabilidad de quien más tarde es declarado padre o madre. Así, por ejemplo, ignorancia de que la mujer había quedado embarazada y dio a luz al hijo, creencia en la propia esterilidad basada en análisis anteriores confiables. Debe valorarse la conducta del progenitor antes y durante el juicio: una justificada negativa a reconocer voluntariamente al hijo no eximirá la renuencia a prestarse a la prueba en sede judicial Zannoni E. (1998).

2.2.7.DERECHOS DEL MENOR

2.2.7.1. Los Derechos Del Menor Frente A La Filiación

Aunque parezca una verdad de perogrullo, todo niño tiene un padre y una madre biológicos, pero para que esa relación tenga relevancia jurídica, el nacimiento debe estar inscripto en el Registro Civil de acuerdo a las pautas que establece el artículo 390° del Código Civil, o bien mediante una sentencia

judicial que lo declare tal. En lo que al padre respecta, el reconocimiento debe producirse voluntariamente, o de manera forzada a través de una sentencia o por la presunción instituida en los artículos 402° y siguientes del código de fondo.

La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial constituye un hecho ilícito según lo dispuesto en el artículo 1969° del Código Civil. Y esto es así puesto que viola numerosas normas de los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en nuestro país. No sólo se alza contra los artículos 1969°, 1984°, 1985°, y concordantes del mencionado cuerpo legal, sino también contra Constitución Política del Estado, toda vez que es más que evidente que el acto omisivo de no reconocimiento del hijo extramatrimonial es una acción que perjudica a un tercero, en este caso al niño. Asimismo, es atentatorio de lo dispuesto en el artículo 423 de nuestro Código Civil ya que evade la obligación de alimentos y asistencia de padres e hijos, que supone el previo reconocimiento.

Más allá de eso, desde que nuestro país se hiciera parte de los tratados sobre derechos humanos, entre ellos el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre Derechos del Niño. Centrados especialmente en esta última, su artículo 7° dispone: "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos". Resulta incuestionable que la falta de reconocimiento espontáneo es un obrar en violación de esta norma y, por ende, constituye un acto ilícito, pues vulnera el derecho del hijo a ser emplazado en el estado de familia que corresponde a su filiación, negándole su derecho al nombre y privándolo de los cuidados a los cuales obliga el artículo en análisis.

En cuanto al Pacto de San José de Costa Rica se refiere, el artículo 17°, inciso 5°, establece que la ley debe equiparar los derechos de las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales. La nueva Constitución del Perú ha cumplido dicho mandato con la inclusión del artículo 6 que otorga trato igualitario a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, sin hacer distinción

entre ellos. De ello se colige que es un deber del padre reconocer al hijo extramatrimonial y la consecuente ilicitud de su omisión, ya que éstos tienen derecho a emplazar su filiación completa, tanto materna como paterna. Otra solución sería discriminatoria.

Si bien el derecho a emplazamiento en el estado de familia no está consagrado expresamente en la Constitución Política, surge implícitamente del artículo 2° porque hace a la dignidad y a la identidad personal y del artículo 7° que establece la protección integral de la familia.

Por otra parte, el estado de familia es un innegable atributo de la persona que la falta de reconocimiento violenta sin ninguna justificación aceptable.

2.2.7.2. Responsabilidad ante la falta de Reconocimiento Paterno.

La responsabilidad que le cabe a los progenitores ante la falta de reconocimiento paterno de los hijos, cuestión que incluye tanto los supuestos en los cuales el padre se sustrae a reconocer voluntariamente a su descendencia, como así también a la madre, cuando dicha falta de reconocimiento proviene de una conducta que le es imputable, la que se verifica cuando obstaculiza al no permitir la identificación del padre, o no ejerce la acción de filiación en representación de su hijo.

El abordaje precedente merece una previa reflexión en relación al derecho a la identidad. En efecto, creemos que la falta de emplazamiento y el consecuente daño que ello puede ocasionar, vulnera un derecho personalísimo, concretamente configura una violación al derecho de identidad personal. Tal derecho aparece consagrado en los artículos 7° y 8° de la Convención Sobre los Derechos del Niño, los que confieren a los hijos el derecho de conocer a sus progenitores y a tener su identidad. Esta Convención tiene hoy jerarquía constitucional, dado que ha sido incorporada a nuestra Carta Magna mediante el art. 6°.

Al tratarse de un ser en permanente formación, el niño busca su propia identidad, y toda frustración o entorpecimiento en esa búsqueda repercute en su persona, en tanto la identidad es el presupuesto que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás componentes de su propio “ser”.

La libertad, para poder ser ejercitada, presupone siempre la posesión de la propia identidad. Tal afirmación evidencia la magnitud que reviste ese derecho fundamental, derivado de su inescindible vínculo con la libertad individual.

Más aún, creemos que está en el espíritu de la ley evitar que un hijo quede sin reconocimiento de los padres; y así, sería factible establecer normas específicas a fin de suplir la inercia o desaprensión de los progenitores, a través de los profesionales que atienden el parto o, a través del Ministerio Público; y, también, podría admitirse el reconocimiento formulado en instrumento privado para que de validez al reconocimiento contenido en actos de última voluntad aún formulados en forma incidental e inclusive, establecer como causa de indignidad para suceder al hijo, la falta de reconocimiento voluntario del padre o la madre.

A más de las normas aludidas, que se debería incluir dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para evitar como dijimos la falta de emplazamiento en el estado de familia, en este sentido la jurisprudencia también estaría avanzado admitiendo responsabilidad en cabeza de los progenitores que no reconocen voluntariamente a sus hijos. En cuanto a la madre, si bien desconocemos la existencia de precedentes en los cuales se la condene a resarcir daños producidos por una falta de reconocimiento que le es imputable, entendemos que existe una corriente doctrinaria y jurisprudencial tendiente a atribuirle responsabilidad.

2.2.7.3. Responsabilidad materna ante a inacción Judicial Para Lograr El Reconocimiento.

Precedentemente hemos analizado la responsabilidad que le incumbe al progenitor que no reconoce voluntariamente a su hijo. Cabe ahora el tratamiento de la responsabilidad que también a la madre cuando dicha falta de reconocimiento proviene de una conducta que le es imputable.

Por último, trato aquí un aspecto de importancia. Se ha sostenido aisladamente que la madre comparte responsabilidad con el padre por la falta de emplazamiento en el estado filial conforme al nexo biológico. Para ello se ha dicho, que los daños en el menor bien se pudieron evitar si la madre hubiera iniciado acción de reconocimiento de la filiación extramatrimonial inmediatamente después del nacimiento.

Esta afirmación no puede más que rechazarse. En efecto, la madre no ha incurrido en acto ilícito alguno que genere responsabilidad civil, puesto que ha cumplido con su parte, llevando el parto hasta el final, asistiendo al niño afectivamente y alimentándolo por sí sola, esto es, cumpliendo con su rol de madre. Por el contrario, el padre no ha actuado de manera recíproca, pues ha eludido reconocer voluntariamente al hijo cuya paternidad se le atribuye, y para el caso de tener dudas razonables sobre esa paternidad tuvo a su alcance los medios científicos y procesales como para confirmarla y cumplir con su obligación legal. No es viable exigir de la madre una conducta tendiente a remediar lo que el padre no ha hecho debiendo hacerlo, sin perjuicio de que la madre puede haber tenido razones más que atendibles y de variada índole como para no promover un juicio de filiación.

La madre es la única persona capaz de conocer la exactitud de la realidad biológica de su hijo, por consiguiente, es quien sabe a ciencia cierta quién es el padre del niño que ha concebido. El vínculo materno es prácticamente innegable y sólo en casos muy especiales podrá ponerse en tela de juicio. Sin embargo, no sucede lo mismo con el vínculo paterno.

A través de la reforma al Código Civil que está ad portas de entrar en vigencia, se busca la vinculación jurídica del hijo con ambos padres, pero en lo que al padre respecta, esta finalidad puede encontrarse estorbada por un actuar negligente o intencionado de la madre. Y esto puede producirse por la falta de comunicación de la mujer de su embarazo y ulterior nacimiento de la criatura, por negarse a promover acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial en representación de su hijo, por no brindar información a la RENIEC para que el niño sea reconocido con sus verdaderos apellidos.

De esta manera se estaría violando el derecho del niño de gozar de un emplazamiento en el estado de familia correspondiente, vulnerando también su derecho a la identidad y configurando, por ende, una conducta ilícita pasible de sanción a través de la aplicación de las normas relativas a la responsabilidad.

Cuando el actuar de la madre consiste en la omisión de comunicar al padre la concepción y el posterior nacimiento, éste no podrá efectuar el reconocimiento por ignorancia de la situación y esa responsabilidad que no podrá aplicársele se traslada a la mujer por provocar un evidente perjuicio para el hijo.

Cuando la madre demora, sin razones que la justifiquen, u omite entablar la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial como representante del menor, ocasiona el mismo daño que origina la situación expuesta precedentemente.

Aun cuando posteriormente promoviera la demanda, esa sola demora puede ser dañosa por la falta temporal del padre que ha tenido que soportar el hijo sin estar obligado a ello, provoca que el niño quede sin emplazamiento paterno con sus ineludibles consecuencias.

Lo que genera responsabilidad en la madre, en estos casos, no es sólo su actuar omisivo, sino también, y particularmente, su actitud obstruccionista.

Azpíri señala que "El derecho a resguardar su intimidad, al no revelar con quién ha mantenido relaciones sexuales, que se encuentra amparado por el artículo 6° de la Constitución Política mantiene incólume en tanto esas acciones privadas no "perjudiquen a un tercero", como dice la norma y es evidente el perjuicio para el hijo que resultaría si no promoviera o facilitara la acción de emplazamiento". Se da, en este caso, una situación similar a la que planteáramos al referirnos a la responsabilidad del padre cuando dijimos que el actuar privado omisivo del reconocimiento sale de la esfera de Dios para entrar en la de los magistrados por causar un perjuicio a un tercero, es decir, al hijo. (Azpíri, 2002).

Concurren, de esta manera, los presupuestos básicos de la responsabilidad exigidos por la legislación, cuales son:

Obrar antijurídico por una conducta deliberada de la madre que impide, obstaculiza o demora el emplazamiento de su hijo respecto de su padre; hay un daño evidente; existe un nexo causal entre sus actos y el perjuicio ocasionado y; no se evidencian causales justificativas que descarten la imputabilidad. En efecto, la madre puede obstaculizar el reconocimiento al no permitir la identificación del padre, mediante ocultamiento de su nombre u omisión de las gestiones necesarias para determinar esa filiación. Tal falta u obstaculización constituye la forma más grave de discriminación, implicando la violación del deber jurídico de no dañar a otro, pues con ello se priva al niño de su condición legal.

Del mismo modo que hemos sostenido que existe el deber jurídico del padre de reconocer a su descendencia, también existe obligación de la madre de promover la acción judicial, ya sea en representación de su hijo menor, quien tiene facultades para ello conforme lo dispone el art. 407° del C. Civil. En este último caso, es sólo la madre quien está en condiciones de suministrar los datos de identidad del padre biológico, único modo que permite acceder a la justicia. Arribamos a dicha conclusión por aplicación de los mismos principios aludidos al tratar la responsabilidad paterna. Es decir, si bien, también, se advierte aquí la inexistencia de dispositivo legal que imponga en cabeza de la

madre el inicio de la acción, o cuanto menos ofrecer la información, su omisión importa un hecho ilícito. Reiteramos aquí que la configuración del ilícito no requiere de norma expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho omitido, siendo suficiente que el ordenamiento jurídico ponderado en su integridad desaprobe dicha actitud. Por ende, si los artículos 7° y 8° de la Convención Sobre los Derechos del Niño confieren al hijo el derecho a conocer a sus progenitores y tener su identidad, existe responsabilidad materna ante el daño que pueda ocasionar con su conducta, ya sea por inacción, accionar negligente por demorar innecesariamente el juicio, o por ocultar datos tendientes a identificar la persona del progenitor biológico. En estos casos, el daño se configura “por el obstáculo que supone la conducta antijurídica de la madre en pos de la identidad entre la realidad jurídica y la biológica. Si bien podemos decir que nos encontramos ante un caso de atipicidad del ilícito, la existencia de un daño injusto nos sujeta a las normas generales de imputación de responsabilidad”.

En esta línea de pensamiento en nuestro país no se ubican o no existen fallos en los cuales la madre sea condenada a resarcimiento alguno, el hecho de que la madre no accione con prontitud, hasta la fecha no es considerado como un ilícito generador de daños para el menor, y por lo tanto no se ha ponderado suma alguno para fijar el monto indemnizatorio. En el caso de Argentina existen casos, en el que ya se dio el primer pronunciamiento judicial ya que en ese país se admite el resarcimiento del daño de una menor por omisión en el reconocimiento paterno, y se atribuyó la responsabilidad de ambos progenitores. Respecto a la madre, le cupo responsabilidad por la negligencia (demora en promover las acciones correspondientes), pues de haber efectuado el reclamo pertinente a poco del nacimiento, o tras una prudente espera, hubiera ahorrado a la hija gran parte del daño moral sufrido en su vida de relación.

Comentando el fallo aludido, la Dra. Graciela Medina opina, “Que no se puede retacear la indemnización debida al hijo por falta de ejercicio de la acción por parte de la madre”. La autora citada sostiene que la conducta de la madre no es antijurídica, dado que la acción es imprescriptible. Al niño no se lo

priva de un derecho si no se acciona, el daño está causado por la falta de reconocimiento, no por la falta de accionar judicial para lograrlo. La madre no se encuentra legitimada por sí para iniciar una acción de determinación de la paternidad, ella la ejerce en representación del hijo o en su caso subrogándose en los derechos del hijo. Múltiples motivos pueden llevar a la madre a no querer accionar judicialmente, como por ejemplo la búsqueda de una solución extrajudicial, la promesa del reconocimiento espontáneo, etc.; por lo que no parece lógico compensar la culpa del padre con la inacción procesal de la madre.

Si bien entendemos que la conducta negligente de la madre al demorar injustificadamente el inicio del juicio no puede fundar una reducción del quantum indemnizatorio, pues en definitiva sólo perjudica al menor, estimamos que la imprescriptibilidad de la acción para el hijo no resulta excusa frente a la inacción de la madre. En tanto dicha conducta implica infringir un deber jurídico susceptible de ocasionar un daño, debe responder en la medida que contribuyó a su producción.

Asimismo, no encontramos colisión de derechos que justifique el proceder de la progenitora que incumple la referida obligación. En efecto, suele acudir en estos casos al recurso de invocar el derecho a la intimidad, sosteniéndose que no hay razón alguna que autorice a privilegiar la identidad del menor. Sin embargo, tal conflicto no se genera, en la medida que el acto procreacional trasciende el ámbito íntimo de las personas, es decir engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más, concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad - ni del padre, ni de la madre, ni de ambos en común - puede alegarse para frustrar los derechos del hijo, ni durante su gestación, ni después de nacido. Argüir que mediante ese proceso se lesiona la intimidad de los padres que espontáneamente no han reconocido a sus hijos extramatrimoniales, es sustraer de su tabernáculo, pero de modo bastardo, un derecho tan valioso como el de la privacidad, que no ha sido reconocido constitucionalmente para perjudicar - invocando su ejercicio - derechos ajenos.

Si bien la doctrina, y en especial la jurisprudencia, se han ocupado del contenido y extensión de la responsabilidad paterna, no han avanzado del mismo modo en relación a la responsabilidad que le cabe a la madre cuando la ausencia de reconocimiento resulta de algún modo imputable a su conducta. No obstante, importando su actitud el incumplimiento de un deber jurídico, debe resarcir los daños que ocasiona. Mantenerla indemne resulta discriminatorio, violenta preceptos constitucionales, a la par que fomenta la actitud individualista de las progenitoras de considerar a los hijos como de su propiedad.

CAPITULO III

3. ANALISIS Y DISCUCIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS.

3.1. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS.

Teniendo en cuenta que la hipótesis es muy importante en todo trabajo de investigación, especialmente en el tema que estoy desarrollando puesto que en él se apreciará la realidad, la misma que será contrastada, teniendo en cuenta la interpretación hermenéutica de las normas al respecto así como extranjeras que han tratado estos temas y por supuesto los resultados de las entrevistas, encuestas correspondientes y diálogos verbales con los jueces de la materia.

3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.2.1. Delimitación del Universo

3.2.1.1. Delimitación temporal

La presente investigación será desarrollada en función de la evaluación de las normas aplicadas a la indemnización, filiación extramatrimonial, derecho de familia, de la actual legislación nacional

3.2.1.2. Delimitación espacial.

Los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, quienes son los que ventilan este tipo de procesos.

3.2.1.3. Población

Se ha considerado como referencia la información oficial Los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, distrito de Chiclayo los cuales son cinco Juzgados de Paz Letrados y se tendrá una población de 50 de sus miembros.

3.2.1.4. Muestra

En la presente investigación se utilizará una muestra de tipo analítico de diez casos presentados en cada Juzgado de Paz Letrado, sus consecuencias y efectos con relación al vínculo Paterno – Filial; donde debe primar el Interés Superior del Niño.

Para ello se ha recurrido a los jueces y secretarios judiciales como fuente principal y los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce.

3.3. ENCUESTA.

1. Conoce Ud. ¿En qué consiste la indemnización por daño moral?
 - a) Si conozco ()
 - b) No conozco ()

2. Considera Ud. ¿Que es necesaria la incorporación de una norma que regule el derecho a una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío?
 - a) Si ()
 - b) No ()

3. Considera Ud. ¿Que el reconocimiento tardío en el proceso de filiación extramatrimonial causa daño moral?
 - a) Si lo considero ()
 - b) No lo considero ()
 - c) solo causa daño psicológico ()
 - d) solo causa perdida de dinero ()

4. Considera Ud. ¿Que el reconocimiento tardío en el proceso de filiación extramatrimonial conlleva a la privación del derecho a la identidad, por lo que es necesario una indemnización?
 - a) Si lo considero ()
 - b) No lo considero ()
 - c) Al derecho a la identidad y a una familia ()

5. ¿Cree usted que además del pago de una indemnización por daño moral, debería aplicarse alguna otra sanción?
 - a) Si ()

- b) No ()
6. Considera Ud. ¿Que debe pagarse una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío en un proceso de filiación extramatrimonial, aun cuando el demandado desconoce que es padre del menor?
- a) Si, considero ()
- b) No, considero ()
- c) debe pagar en todos los casos ()
7. ¿Existen mecanismos eficaces para que los padres que omitan reconocer al hijo, puedan indemnizar a este por el daño sufrido?
- a) Si, existen ()
- b) No, existen ()
8. ¿Es procedente la indemnización por daño moral ante la falta de reconocimiento voluntario del padre cuando no existan causas de fuerza mayor, estado de necesidad o cualquier otra circunstancia que justifique tal omisión?
- a) Sí, es procedente ()
- b) No, es procedente ()
9. ¿Es necesario contar previamente con una sentencia firme que declare como hijo legítimo al menor no reconocido para reclamar una reparación del daño causado por la falta de reconocimiento?
- a) Sí, es necesario ()
- b) No, es necesario ()

10. ¿Considera que la madre es responsable por daños causados a su hijo, sean éstos morales o patrimoniales, cuando la falta de reconocimiento del padre proviene de una conducta omisiva o negligente suya que impide dicho reconocimiento?

a) Si, considero ()

b) No, considero ()

3.4. CUADROS ESTADISTICOS DEL CAMPO DE INVESTIGACIÓN.

PREGUNTA N° 1

¿Conoce Ud., en qué consiste la indemnización por daño moral??

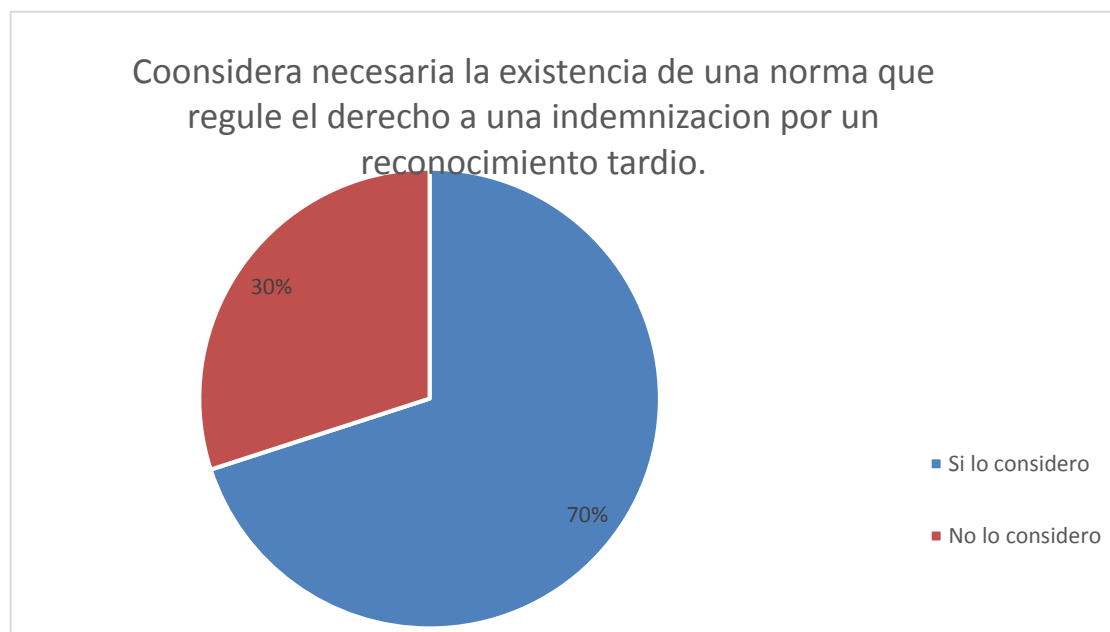


En el presente gráfico según la población encuestada tenemos que: el 84% de los encuestados tienen conocimiento en lo que consiste una indemnización por daño moral y el 16% desconoce.

Conoce Ud. ¿en qué consiste la indemnización por daño moral?	Respuestas	Porcentaje (%)
Si conozco	42	84.00
No conozco	8	16.00

PREGUNTA N° 2

Considera Ud. ¿Que es necesaria la incorporación de una norma que regule el derecho a una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío?

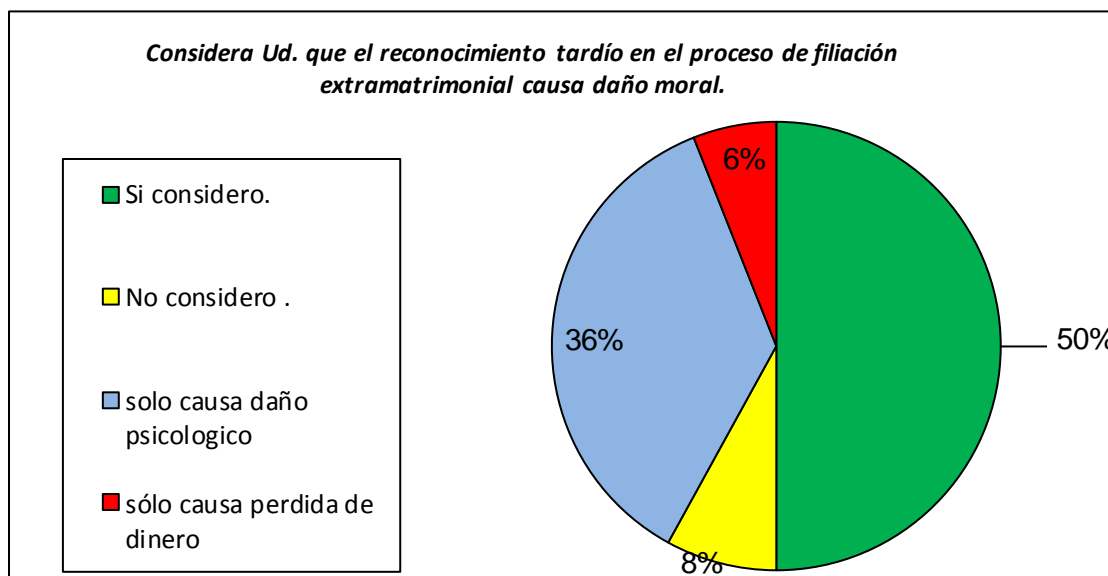


En el presente gráfico según la población encuestada tenemos que: el 70% de los encuestados considera necesaria la existencia de una norma que regule el derecho a una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío, en cambio el 30% de los encuestados considera que no es necesaria la implementación de una norma.

Considera necesaria la existencia de una norma que regule el derecho a una indemnización por un reconocimiento tardío	Respuestas	Porcentaje (%)
Si lo considero	35	70.00
No lo considero	15	30.00

PREGUNTA N° 3

Considera Ud. ¿Que el reconocimiento tardío en el proceso de filiación extramatrimonial causa daño moral?

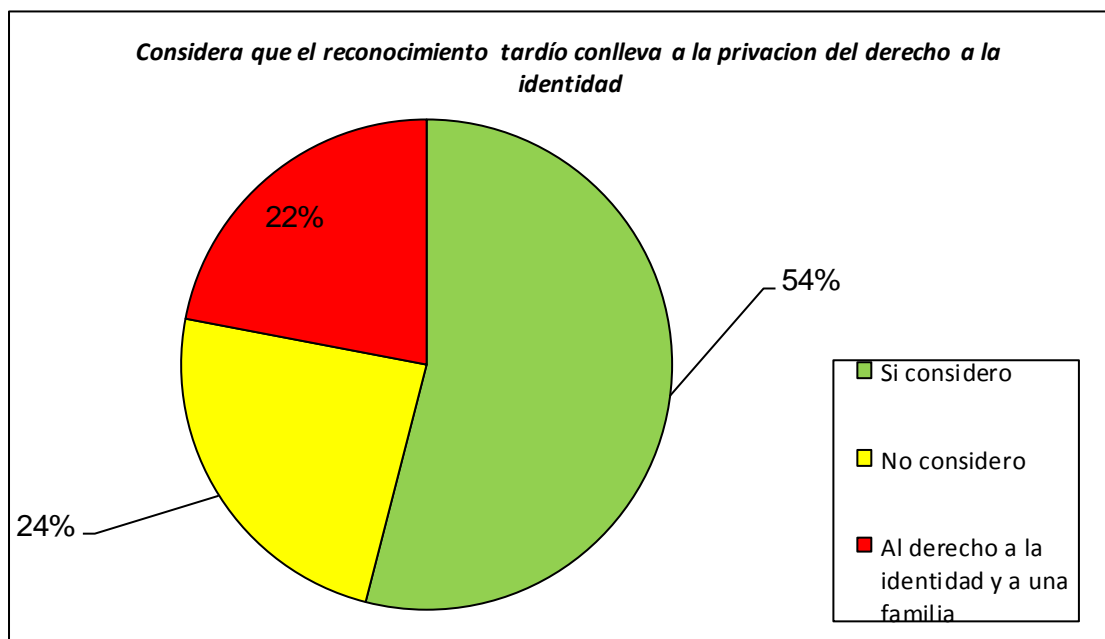


En el presente gráfico según la población encuestada tenemos que: el 50% de los encuestados si Considera que el reconocimiento tardío en el proceso de filiación extramatrimonial causa daño moral; por otro lado, el 36% de los encuestados considera que sólo causa daño psicologico; así mismo el 8% de los encuestados no Considera que cause daño moral en los menores, por último, el 6% de los encuestado manifestó que sólo existe perdida de dinero.

Considera Ud. ¿Que el reconocimiento tardío en el proceso de filiación extramatrimonial causa daño moral?	Respuestas	Porcentaje (%)
Si considero	25	50.00
No considero	4	8.00
solo causa daño psicológico	18	36.00
sólo causa perdida de dinero	3	6.00

PREGUNTA N° 4

Considera Ud. ¿Que el reconocimiento tardío en el proceso de filiación extramatrimonial conlleva a la privación del derecho a la identidad, por lo que es necesario una indemnización?

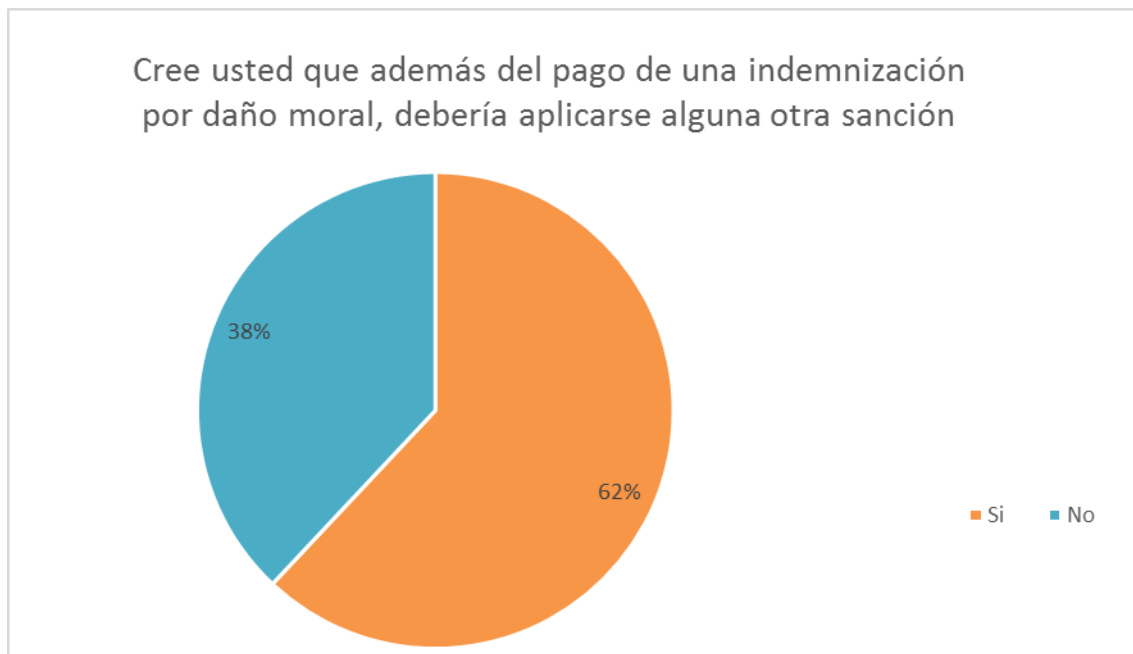


Según el presente gráfico, la población encuestada ha manifestado que: el 54% precisa que el reconocimiento tardío en el proceso de filiación extramatrimonial conlleva a la privación del derecho a la identidad, por lo que es necesario una indemnización; así mismo el 24% de los encuestados ha manifestado que no considera que se debería dar una indemnización y por último el 22% de los encuestados ha precisado que se está vulnerando el derecho a la identidad y a tener una familia.

<i>¿Considera ud. , que el reconocimiento tardío conlleva a la privación del derecho a la identidad, por lo que es necesario una indemnización?</i>	Respuestas	Porcentaje (%)
Si considero	27	54%
No considero	12	24%
Al derecho a la identidad y a una familia	11	22%

PREGUNTA N° 5

¿Cree usted que además del pago de una indemnización por daño moral, debería aplicarse alguna otra sanción?

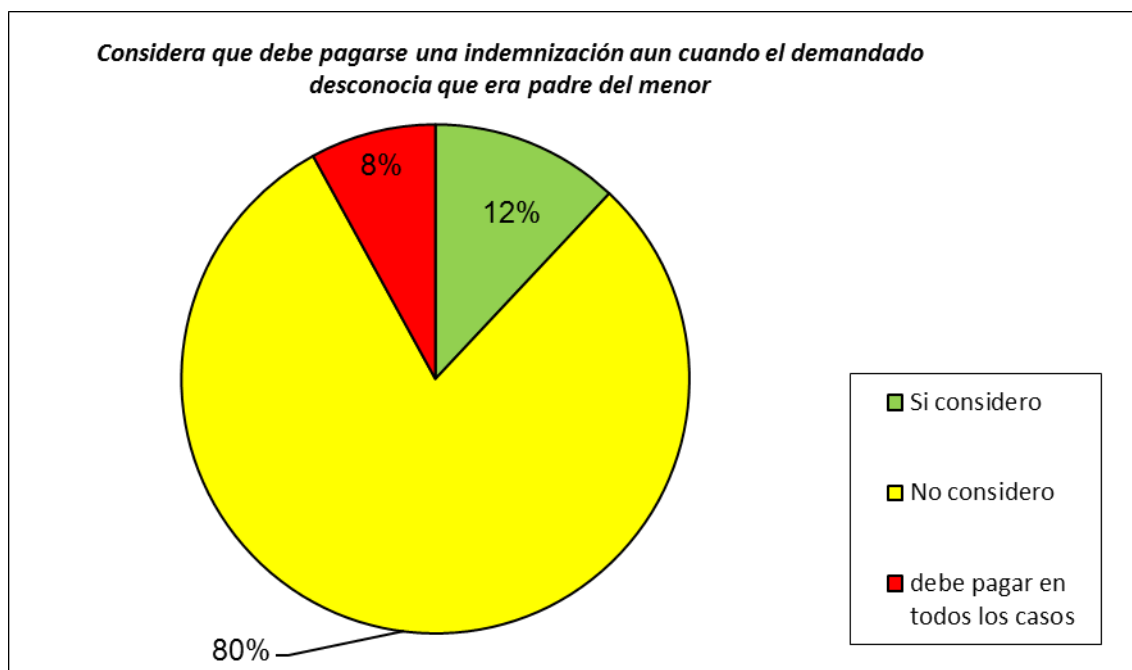


Según el presente gráfico, la población encuestada ha manifestado que: el 62% precisa que además del pago de una indemnización por daño moral se debería aplicar alguna otra sanción; así mismo el 38% de los encuestados manifestó que no se debe aplicar ninguna otra sanción más.

Cree usted que además del pago de una indemnización por daño moral, debería aplicarse alguna otra sanción	Respuestas	Porcentaje (%)
Si	31	62.00
No	19	38.00

PREGUNTA N° 6

Considera Ud. ¿Que debe pagarse una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío en un proceso de filiación extramatrimonial, aún cuando el demandado desconoce que es padre del menor?

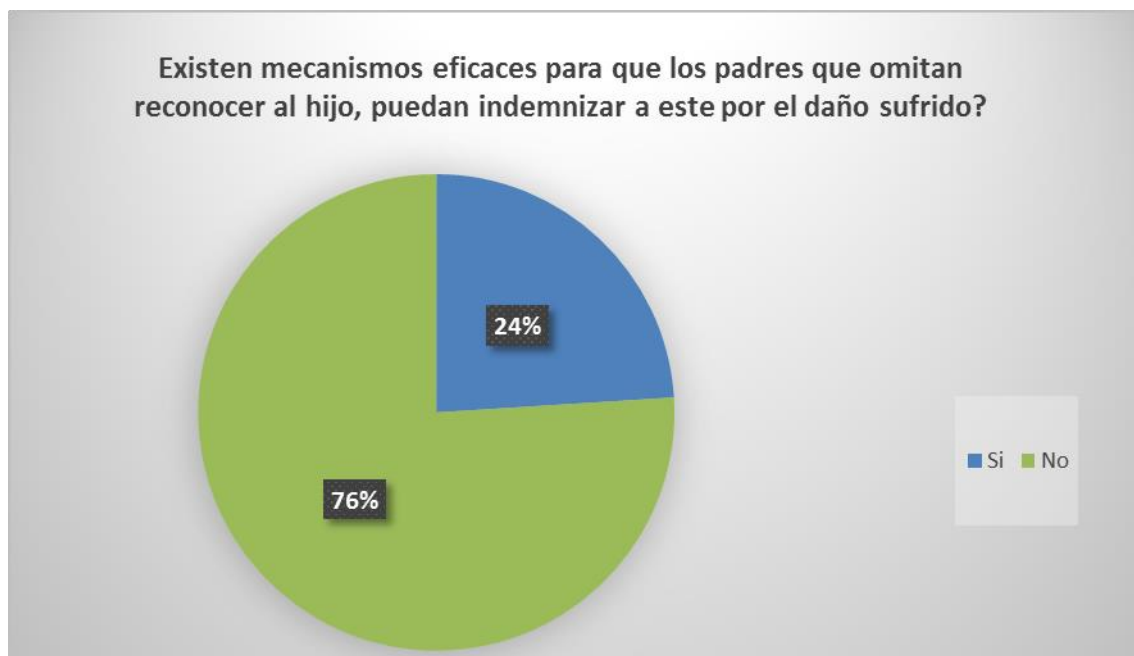


Según el presente gráfico, la población encuestada ha manifestado que: el 80% considera que no debe pagarse una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío cuando el demandado desconoce que es el padre, así mismo el 12% si considera que debe pagarse aun cuando el demandado desconozca que es el padre, por último, el 8% de los encuestados manifiesta que se debe pagar en todos los casos.

Considera Ud. ¿Que debe pagarse una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío en un proceso de filiación extramatrimonial, aun cuando el demandado desconoce que es padre del menor?	Respuestas	Porcentaje (%)
Si considero	6	12.00
No considero	40	80.00
debe pagar en todos los casos	4	8.00

PREGUNTA N° 7

¿Existen mecanismos eficaces para que los padres que omitan reconocer al hijo, puedan indemnizar a este por el daño sufrido?

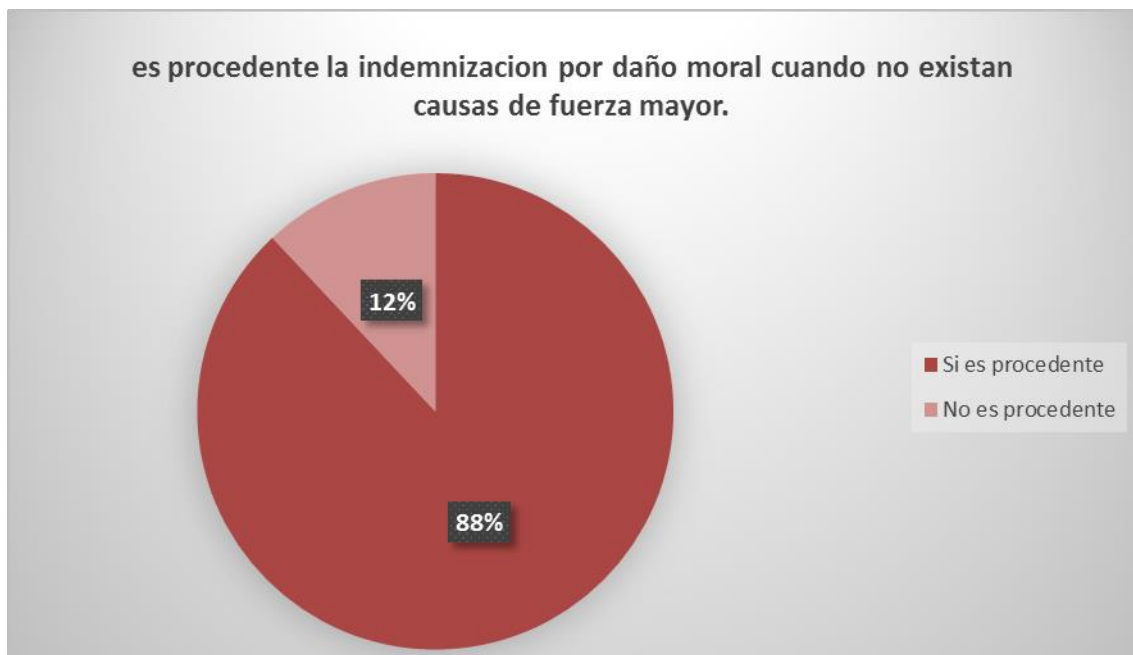


Según el presente gráfico en las encuestas realizadas población ha manifestado que: el 76% de los encuestados no considera que existan mecanismos eficaces para que los padres que omitan reconocer al hijo puedan indemnizar a este por el daño causado, mientras que el 24% de los encuestados considera que si existen mecanismos eficaces para que los padres que omitan reconocer al hijo puedan indemnizar a este por el daño causado.

Existen mecanismos eficaces para que los padres que omitan reconocer al hijo, puedan indemnizar a este por el daño sufrido?	Respuestas	Porcentaje (%)
Si	12	24.00
No	38	76.00

PREGUNTA N° 8

¿Es procedente la indemnización por daño moral ante la falta de reconocimiento voluntario del padre cuando no existan causas de fuerza mayor, estado de necesidad o cualquier otra circunstancia que justifique tal omisión?



Según el presente gráfico en las encuestas realizadas población ha manifestado que: el 88% de los encuestados considera que es procedente la indemnización por daño moral ante la falta de reconocimiento voluntario del padre cuando no existan causas de fuerza mayor, estado de necesidad o cualquier otra circunstancia que justifique tal omisión; por último, el 12% de los encuestados no considera que sea procedente.

Es procedente la indemnización por daño moral ante la falta de reconocimiento voluntario del padre cuando no existan causas de fuerza mayor, estado de necesidad o cualquier otra circunstancia que justifique tal omisión?	Respuestas	Porcentaje (%)
Si es procedente	44	88.00
No es procedente	6	12.00

PREGUNTA N° 9

¿Es necesario contar previamente con una sentencia firme que declare como hijo legítimo al menor no reconocido para reclamar una reparación del daño causado por la falta de reconocimiento?

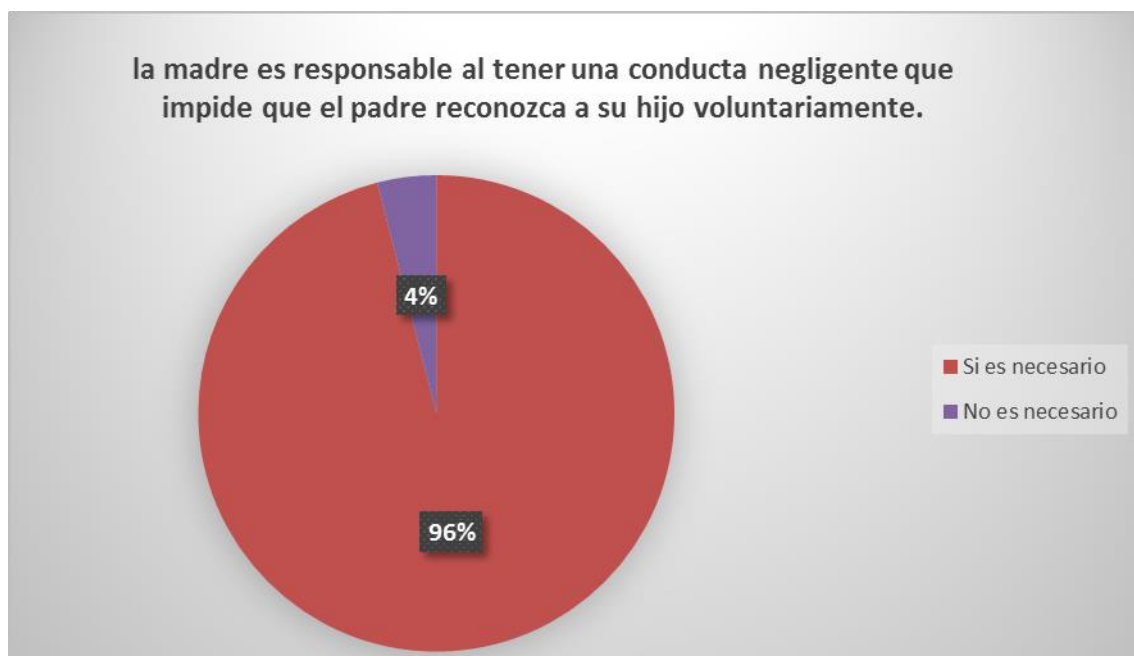


Según el presente gráfico en las encuestas realizadas población ha manifestado que: el 74% de los encuestados considera que si es necesario contar previamente con una sentencia firme que declare como hijo legítimo al menor no reconocido para reclamar una reparación del daño causado por falta de reconocimiento; por último, el 26% de los encuestados cree no es necesario.

¿Es necesario contar previamente con una sentencia firme que declare como hijo legítimo al menor no reconocido para reclamar una reparación del daño causado por la falta de reconocimiento?	Respuestas	Porcentaje (%)
Si es necesario	37	74.00
No es necesario	13	26.00

PREGUNTA N° 10

¿Considera que la madre es responsable por daños causados a su hijo, sean éstos morales o patrimoniales, cuando la falta de reconocimiento del padre proviene de una conducta omisiva o negligente suya que impide dicho reconocimiento?



Según el presente gráfico en las encuestas realizadas la población ha manifestado que: el 96% Considera que la madre es responsable por daños causados a su hijo, sean éstos morales o patrimoniales, cuando la falta de reconocimiento del padre proviene de una conducta omisiva o negligente suya que impide dicho reconocimiento; por último, el 4% no considera que sea responsable.

¿Considera que la madre es responsable por daños causados a su hijo, sean éstos morales o patrimoniales, cuando la falta de reconocimiento del padre proviene de una conducta omisiva o negligente suya que impide dicho reconocimiento?	Respuestas	Porcentaje (%)
Si es necesario	48	96.00
No es necesario	2	4.00

3.5. MÉTODOLÓGIA

3.5.1. Método

En el presente trabajo utilizaremos los métodos de análisis y síntesis, el inductivo y deductivo, con los cuales se trabajará la información teórica o dogmática. Se empleará también el método dogmático, la exégesis y la hermenéutica para el estudio e interpretación de la legislación aplicable. Para desarrollar el trabajo empírico emplearemos el método descriptivo – explicativo.

3.5.2. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo descriptivo – explicativo orientada a precisar las peculiaridades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema, a la vez que a determinar el rendimiento práctico o funcionalidad de las mismas dentro del ordenamiento jurídico y en la realidad social. Asimismo, se realizará un trabajo de tipo comparativo para identificar las relaciones de semejanza, identidad y diferencia entre los sistemas jurídicos extranjeros que presentan alguna similitud con el nuestro y que puedan haber influenciado en nuestra realidad.

3.5.3. Técnicas de recolección de información

3.5.3.1. Análisis documental, de casos tramitados donde se han realizado proceso de filiación, y de la normatividad que se ha aplicado

3.5.3.2. Análisis de encuestas y entrevistas, aplicada a los jueces, secretarios y abogados, para ser procesadas e interpretadas de acuerdo a criterios metodológicos.

3.6. Recursos y Presupuesto

3.6.1. Bienes

BIEN	CANTIDAD	UNIDAD	PRECIO	SUB
Papel	1	Millar	22	22
Lapiceros	1	Docena	1	1
Tinta de computadora	1	Unidades	10	10
USB	1	Unidades	15	15
TOTAL RUBRO				48

3.6.2. Servicios

SERVICIO	CANTIDAD	SUB
Movilidad	1	500.00
Viáticos	1	200.00
Teléfono		50.00
Impresiones		100.00
Fotocopias		100.00
TOTAL RUBRO		950.00

3.6.3. Recursos humanos

RRHH	CANTIDAD	SUB
Asesor	1	1,000.00
Consultor	1	500.00
TOTAL RUBRO		1500.00

3.6.4. Consolidado.

BIENES	48.00
SERVICIOS	950.00
RECURSOS HUMANOS	1500.00
TOTAL	2498.00

3.7. Financiamiento

Financiamiento propio.

3.8. Cronograma de ejecución

Actividades	Mes1	Mes2	Mes3	Mes4
1.Elaboracion del Proyecto	X			
2.Presentacion del Proyecto	X			
3.Revision Bibliográfica	X			
4.Elaboracion de Instrumentos		X		
5.Aplicacion de Instrumentos		X		
6.Tabulacion de datos		X		
7.Elaboracion de Informes			X	
8.Presentacion del Informe			X	
9.Sustentacion				X

CAPITULO IV

4. CONCLUSIONES.

1. La carencia de normatividad en nuestro país en relación a una fundamentada regulación sobre el daño moral a menores que han sido reconocidos tardíamente está impidiendo que estos exijan una indemnización a sus progenitores por el daño que les causan al no reconocerlos como hijos de manera voluntaria, sino que este reconocimiento se tiene que dar a través de un proceso de filiación extramatrimonial.
2. Que no se trata simplemente de castigar actos antijurídicos, sino que lo que se busca además es darle protección a una persona en este caso el menor reconocido tardíamente quien ve vulnerados sus derechos por una conducta ajena, que no depende de su voluntad y que no tiene obligación de soportar.
3. La posibilidad de determinar la responsabilidad del progenitor que no reconoce voluntariamente a su hijo deriva de la negación de este reconocimiento, lo cual genera la necesidad de una reforma legislativa que incluya la indemnización por daño moral en el caso de hijos reconocidos tardíamente.

CAPITULO V

5. RECOMENDACIONES.

1. Se necesita con urgencia lograr una modificación de criterios, tanto en la doctrina como en nuestros justiciables respecto al tema de la indemnización por daño moral, dentro del derecho de familia.
2. La presentación de un proyecto de Ley incorporando una norma que regule el derecho a una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores en un proceso de filiación extramatrimonial.

CAPITULO VI

6. BIBLIOGRAFIA.

- ✚ Azpiri, J. (2002). *Daños y perjuicios en la filiación*”, *Revista de derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis.
- ✚ CAPITAN. (1961). *Prefacio al tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual de MAZEAUD y TUC*. Buenos Aires: Buenos Aires
- ✚ Fernandez Sessarego, c. (1985). *El Daño a la persona en el Código Civil. Homenaje a José León Barandiarán*. Cuzco: Editores Perú.
- ✚ Llambias, J. J. (1973). *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Abeledo perrot.
- ✚ Mosset Iturraspe, J. (1982). *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Rubinzal Culzon Editores.
- ✚ Mosset Iturraspe, J. (1982). *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Buenos Aires.
- ✚ Osterling Parodi, F. (2010). *Indemnización por daño moral*. lima.
- ✚ Pazos Hayashida, J. (2007). *Indemnización del Daño Moral. criterios para su evaluación*. En W. Gutierrez Camacho, *Código Civil Comentado*. Lima: El Buho.
- ✚ Rodriguez Grez, P. (1999). *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: editorial juridica.
- ✚ Varsi Rospigliosi, E. (2013). En *Tratado de derecho de familia- Derecho de filiación TOMO IV*. LIMA.
- ✚ Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. (G. Jurídica, Ed.) Lima, Perú: El Buho.
- ✚ Veléz Posada, p. (2012). En *LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: EL SEGURO COMO CRITERIO DE IMPIUTACIÓN*. Madrid.
- ✚ Zannoni, E. (1992). *Regimen legal de filiación y patria potestad - Ley 23.264*. Astrea.
- ✚ Zannoni, E. A. (1998). *Derecho civil. Derecho de familia*. astrea.

- ✚ Cornejo, García M. (2012). *“Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia”*. Memoria para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile.
- ✚ Tuesta, F. (2015). *“Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”*. Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Autónoma de Perú.
- ✚ Olortegui Delgado R. (2010). *“Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial”*. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

CAPITULO VII

7. ANEXOS

ENCUESTA.

11. Conoce Ud. ¿En qué consiste la indemnización por daño moral?

a) Si conozco ()

b) No conozco ()

12. Considera Ud. ¿Que es necesaria la incorporación de una norma que regule el derecho a una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío?

a) Si ()

b) No ()

13. Considera Ud. ¿Que el reconocimiento tardío en el proceso de filiación extramatrimonial causa daño moral?

a) Si lo considero ()

b) No lo considero ()

c) solo causa daño psicológico ()

d) solo causa perdida de dinero ()

14. Considera Ud. ¿Que el reconocimiento tardío en el proceso de filiación extramatrimonial conlleva a la privación del derecho a la identidad, por lo que es necesario una indemnización?

a) Si lo considero ()

b) No lo considero ()

c) Al derecho a la identidad y a una familia ()

15. ¿Cree usted que además del pago de una indemnización por daño moral, debería aplicarse alguna otra sanción?

- a) Si ()
- b) No ()
16. Considera Ud. ¿Que debe pagarse una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío en un proceso de filiación extramatrimonial, aun cuando el demandado desconoce que es padre del menor?
- a) Si, considero ()
- b) No, considero ()
- c) debe pagar en todos los casos ()
17. ¿Existen mecanismos eficaces para que los padres que omitan reconocer al hijo, puedan indemnizar a este por el daño sufrido?
- a) Si, existen ()
- b) No, existen ()
18. ¿Es procedente la indemnización por daño moral ante la falta de reconocimiento voluntario del padre cuando no existan causas de fuerza mayor, estado de necesidad o cualquier otra circunstancia que justifique tal omisión?
- a) Sí, es procedente ()
- b) No, es procedente ()
19. ¿Es necesario contar previamente con una sentencia firme que declare como hijo legítimo al menor no reconocido para reclamar una reparación del daño causado por la falta de reconocimiento?
- a) Sí, es necesario ()
- b) No, es necesario ()

20. ¿Considera que la madre es responsable por daños causados a su hijo, sean éstos morales o patrimoniales, cuando la falta de reconocimiento del padre proviene de una conducta omisiva o negligente suya que impide dicho reconocimiento?

a) Si, considero ()

b) No, considero ()

Proyecto de Ley

1 SUMILLA: Ley que regula la indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores en un proceso de filiación extramatrimonial.

2 Identidad del autor

El autor que suscribe, Yessica del Carmen Pupuche Senador, abogada, maestrante de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, ejerciendo el Derecho de iniciativa legislativa que le confiere el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

3 Exposición de motivos

La Constitución Política, en su Artículo 107°, en su segundo párrafo, dispone que los ciudadanos tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes.

Como podemos apreciar, el precepto constitucional hace alusión al derecho que tiene toda persona de realizar una iniciativa legislativa.

El Código Civil del Perú del año 1984 que lo regula el Decreto legislativo N° 295, en artículo 412°, dispone los efectos de la

sentencia por filiación extramatrimonial. Y prescribe lo siguiente: “La sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento. En ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio.

Como podemos apreciar, el artículo en mención a los efectos de la sentencia por filiación extramatrimonial, sin embargo, no se aprecia que exista una indemnización alguna al menor afectado

Por lo tanto, es necesario que los nuestro código civil contemple un artículo donde se le reconozca el derecho a los hijos que han recibido un reconocimiento tardío mediante un proceso de filiación extramatrimonial poder exigir el pago de una indemnización por daño moral ante la situación que han vivido además de que esta situación ayudara a que no se vea vulnerado el derecho a la identidad, reconocido en nuestra Constitución Política y por lo tanto que no contravengan a los derechos fundamentales como seria en este caso el derecho a la identidad y los demás derecho que de estaos derivan.

La presente propuesta se realizará a través, de un proyecto de ley, el cual encuentra sustento en cuanto a Legislación comparada, por excelencia en la Legislación vigente en Argentina, en sus debidos códigos civiles y de familia en sus Artículos (art. 196 inc. 1°) del Decreto Legislativo 205/97.

Es decir que para los países antes mencionados si existe una indemnización ante el reconocimiento legal tardío para un menor de edad.

Teniendo en cuenta lo estipulado anteriormente, con el presente proyecto se facilitará la indemnización analizando la responsabilidad que le incumbe al progenitor que no reconoce voluntariamente a su hijo.

4. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional.

La norma debe regir a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

5. Fórmula legal

“Ley que regula la indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores en un proceso de filiación extramatrimonial.”

Artículo 1°.-

La sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento. En ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio.

Se reconocerá además una indemnización acorde con el daño moral causado al menor afectado, que se cuantificará de acuerdo a los años que el menor vivió sin ser reconocido”.

Artículo 2°.- Del Refrendo

La presente Ley será refrendada por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los 28 días de diciembre del año dos mil diecisiete.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI

Presidente Constitucional de la República

LUIS FERNANDO GALARRETA VELARDE
Presidente Congreso de la República

ENRIQUE MENDOZA RAMÍREZ
Ministro de Justicia