

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA**  
**FACULTAD DE EDUCACION Y HUMANIDADES**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS**  
**POLITICAS**



**UNS**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DEL SANTA

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL  
EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**PRESENTADO POR:**

- **Bach. MADELEINE STEFANY MENACHO OJEDA**
- **Bach. SHEYLA RÓSELY DAYANA PANTA PISCOCHE**

**ASESOR:**

**Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTERAS**

**NUEVO CHIMBOTE – PERÚ**

**2019**

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**HOJA DE AVAL DEL PROFESOR ASESOR**

La presente tesis titulada, “Criterios innovadores para establecer el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre”, ha sido elaborada según el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado por Resolución N° 492-2017-CUR-R-UNS de fecha 3 de julio del 2017, en la modalidad de tesis, en ese sentido suscribo la presente tesis en mi calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanatural N° 060 -2019-UNS-DFEH, de fecha 28 de marzo del 2019.

  
\_\_\_\_\_  
**Dr. VILLANUEVA CONTRERAS NOEL OBDULIO**

**ASESOR**



**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**


**HOJA DE AVAL DEL JURADO EVALUADOR**

Concluida la sustentación de la tesis titulada “Criterios innovadores para establecer el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre”. Se consideran aprobadas a las Bachilleres: Madeleine Stefany Menacho Ojeda, con código 0201335045, y Sheyla Róssely Dayana Panta Piscoche, con código 0201335014.

Revisado y aprobado, por el jurado evaluador designado mediante Resolución N° 344-2019-UNS-CFEH, del 28 de octubre de 2019.

  
\_\_\_\_\_  
Dr. Villanueva Contreras Noel Obdulio  
PRESIDENTE

  
\_\_\_\_\_  
Ms. Eduardo Montenegro Vivar  
INTEGRANTE

  
\_\_\_\_\_  
Ms. Rosina Mercedes Gonzales Napuri  
INTEGRANTE

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA**  
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES



**ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS**

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Auditorio N° 01 de la Biblioteca Central del Campus Universitario, siendo las diecinueve horas del día trece de diciembre del año dos mil diecinueve, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: el Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS, teniendo como integrantes a: Ms. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR y Ms. ROSINA MERCEDES GONZALES NAPURI (ACCESITARIA) por inasistencia de la Dra. Nayrud Suárez Sánchez, en la hora indicada, dado que se trata de un acto público puntual, y para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADA, a la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: MADELEINE STEFANY MENACHO OJEDA, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

**"CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE"**

Terminada la sustentación, la graduada respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADA; según el Art. 39° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las veinte horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 13 de diciembre de 2019

.....  
DR. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS  
PRESIDENTE

.....  
MS. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR  
SECRETARIO

.....  
MS. ROSINA M. GONZALES NAPURI  
INTEGRANTE

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA**  
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES



**ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS**

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Auditorio N° 01 de la Biblioteca Central del Campus Universitario, siendo las diecinueve horas del día trece de diciembre del año dos mil diecinueve, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: el Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS, teniendo como integrantes a: Ms. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR y Ms. ROSINA MERCEDES GONZALES NAPURI (ACCESITARIA) por inasistencia de la Dra. Nayrud Suárez Sánchez, en la hora indicada, dado que se trata de un acto público puntual, y Ms. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADA, a la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **SHEyla ROSSELY DAYANA PANTA PISCOCHE**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

**"CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE"**

Terminada la sustentación, la graduada respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADA; según el Art. 39° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las veinte horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 13 de diciembre de 2019

.....  
**DR. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS**  
PRESIDENTE

.....  
**MS. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR**  
SECRETARIO

.....  
**MS. ROSINA M. GONZALES NAPURI**  
INTEGRANTE



**DEDICATORIA**

*A Dios, por darnos la vida y la fortaleza necesaria para culminar este proyecto de tesis. Nos sentimos bendecidas siempre.*

*De manera especial, agradecemos a nuestras queridas madres, Elida Ojeda y Elida Piscoche, por el apoyo incondicional en cada meta que nos trazamos, por ser nuestro ejemplo e inspiración, por sus consejos y el amor sincero e infinito que nos brindan. Las amamos.*

*A nuestros padres y hermanos, porque nos motivan y apoyan en cada propósito que nos permita desarrollarnos como futuras profesionales. Gracias.*

***Las autoras.***

## **AGRADECIMIENTO**

*Ever Garrison decía: “Un maestro es una brújula que activa los imanes de la curiosidad, el conocimiento y la sabiduría en los alumnos”. Con esta frase queremos agradecer a nuestro maestro y asesor de tesis, Dr. Noel Villanueva Contreras, por su constante cooperación e instruida orientación para el logro de la presente tesis y por sus consejos que nos servirán en nuestra formación profesional.*

*A nuestra casa de estudios, Universidad Nacional del Santa, en especial a la Escuela Académica de Derecho y Ciencias Políticas, por contribuir en el desarrollo de nuestra vida profesional, a través de los conocimientos adquiridos en sus aulas.*

***Las autoras.***

## **PRESENTACIÓN**

### **Señores miembros del jurado:**

En cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en el Reglamento General para obtener el Grado Académico de Bachiller y el Título Profesional en la Universidad Nacional del Santa y las disposiciones normativas contenidas en el Currículo de la Escuela Académica de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presentamos a vuestra disposición la tesis titulada: “Criterios innovadores para establecer el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre”, con el fin de optar el título profesional de Abogada.

La presente investigación nace a raíz de un caso de filiación extramatrimonial iniciado y culminado en el Consultorio Jurídico de vuestra prestigiosa universidad, el cual llamó especial atención de las tesis y que producto de las reflexiones críticas además de las confrontaciones con la problemática jurídico–social de nuestro país, pudimos advertir el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre, y por ende la importancia de proponer criterios que permitan cuantificar este daño.

Asimismo, nuestra investigación es producto del análisis de la normativa jurídica nacional, derecho comparado, doctrina nacional y extranjera, además de casuísticas que enriquecieron nuestro marco teórico, las mismas que contribuyeron con la solución del problema jurídico–social existente.

*Las autoras.*

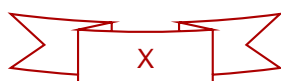


## ÍNDICE GENERAL

CARÁTULA .....	I
HOJA DE AVAL DEL PROFESOR ASESOR .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
HOJA DE AVAL DEL JURADO EVALUADOR .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
DEDICATORIA .....	VI
AGRADECIMIENTO .....	VII
PRESENTACIÓN .....	VIII
ÍNDICE GENERAL .....	IX
ÍNDICE DE TABLAS .....	XVII
RESUMEN .....	XVIII
ABSTRACT .....	XIX
I. INTRODUCCIÓN .....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	1
1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	1
1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN .....	5
1.1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA .....	5

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

1.2. ENUNCIADO DE PROBLEMA .....	11
1.3. LOS OBJETIVOS .....	11
1.3.1. OBJETIVO GENERAL .....	11
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	11
1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS .....	12
1.5. VARIABLES.....	12
1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE .....	12
1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	12
1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	13
1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO .....	14
1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN, Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	15
1.9. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA .....	16
II. MARCO TEÓRICO .....	17
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ...	18
1.1. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	18
1.2. TEORÍAS DE LA CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	21
1.2.1. TESIS DUALISTAS .....	22
1.2.2. TESIS MONISTAS .....	23



**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

1.2.3.	TESIS ECLÉCTICAS .....	24
1.3.	TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	25
1.3.1.	RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.....	25
1.3.2.	RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	26
1.4.	FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....	28
1.4.1.	FUNCIÓN RESTITUTIVA O REPARADORA .....	28
1.4.2.	FUNCIÓN PREVENTIVA .....	29
1.4.3.	FUNCIÓN SANCIONADORA O PUNITIVA.....	30
1.4.4.	FUNCIÓN DISTRIBUTIVA .....	31
1.5.	PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	32
1.5.1.	LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE IMPUTACIÓN .....	33
1.5.2.	LA ANTIJURICIDAD O LA ILICITUD.....	35
1.5.3.	EL DAÑO.....	42
1.5.4.	EL NEXO CAUSAL O LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD .....	48
1.5.5.	EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN.....	59
CAPÍTULO II: ASPECTOS GENERALES DEL DAÑO MORAL Y LA FILIACIÓN.....		69
2.1.	RESPECTO AL DAÑO MORAL.....	69
2.1.1.	ORIGEN DEL DAÑO MORAL.....	69

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

2.1.2. EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA .....	70
2.1.3. DEFINICIÓN DEL DAÑO MORAL .....	71
2.1.4. ACCIÓN RESARCITORIA DEL DAÑO MORAL.....	77
a. Indemnización vs resarcimiento.....	77
b. ¿“Indemnización” o “resarcimiento” por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre?.....	81
2.1.5. TEORÍAS SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL .....	82
a. Teorías que niegan la posibilidad de reparar el daño moral.....	83
b. Teorías mixtas o eclécticas.....	84
2.2. PRUEBA DEL DAÑO MORAL .....	88
2.3. VALORACION Y CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL.....	91
2.4. SOBRE LA FILIACIÓN: DEFINICIÓN.....	94
2.4.1. TIPOS DE FILIACION .....	96
2.4.2. ACCIONES DE FILIACIÓN .....	102
2.5. DETERMINACION DE LA FILIACION .....	103
2.5.1. DEFINICIÓN .....	103
2.5.2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL .....	104
2.5.3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. .	111

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

CAPÍTULO III: CRITERIOS QUE PERMITEN CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE.....	123
3.1. DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE EN EL DERECHO COMPARADO .....	123
3.1.1. ARGENTINA.....	123
3.1.2. CHILE .....	131
3.1.3. COSTA RICA.....	136
3.2. DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE EN EL DERECHO NACIONAL.....	140
3.3. CRITERIOS PARA CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL EN LA DOCTRINA Y OTRAS RAMAS DEL DERECHO PERUANO .....	144
3.4. ¿CUÁLES SERÍAN LOS CRITERIOS QUE PERMITAN CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE?.....	152
3.4.1. CRITERIO 1: DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS DEL HIJO .....	155
3.4.2. CRITERIO 2: PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE .....	171
3.4.3. CRITERIO 3: EL MÉTODO PISANO .....	175
3.4.4. CRITERIO 4: CRITERIO EQUITATIVO PURO.....	179

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

3.5. APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL CASO DEL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE.....	184
3.5.1. LA IMPUTABILIDAD .....	184
3.5.2. LA ANTIJURICIDAD .....	186
2.5.3. EL DAÑO.....	187
3.5.4. EL NEXO CAUSAL O LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD .....	189
3.5.5. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN.....	191
3.6. ¿CÓMO FIJAR UN ADECUADO RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE?.....	193
3.7. CASUÍSTICA .....	199
III. MATERIALES Y MÉTODOS .....	206
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	206
3.1.1. SEGÚN SU NATURALEZA O PROFUNDIDAD .....	206
3.1.2. SEGÚN LA APLICABILIDAD O PROPÓSITO .....	206
3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN .....	207
3.2.1. MÉTODOS GENERALES.....	207
3.2.2. MÉTODOS PROPIOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICO .....	209

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

3.2.3.	MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA .....	210
3.3.	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	212
3.4.	POBLACION MUESTRAL.....	213
3.5.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	215
3.5.1.	TÉCNICAS.....	215
3.5.2.	INSTRUMENTOS .....	217
3.6.	TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	219
3.7.	PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS .....	220
IV.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	221
	RESULTADO N° 01 .....	221
	RESULTADO N° 02.....	225
	RESULTADO N° 03.....	229
	RESULTADO N° 04.....	250
V.	CONCLUSIONES.....	253
VI.	RECOMENDACIONES .....	256
VII.	REFERENCIAS BIBIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES.....	262
7.1.	LIBROS CITADOS .....	262
7.2.	TESIS .....	267

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

7.3. JURISPRUDENCIAS .....	268
7.4. ARTÍCULOS ONLINE.....	268
7.5. REVISTAS ONLINE .....	270
7.6. LINKOGRAFÍA.....	272
VIII. ANEXOS.....	278
8.1. MODELO DE GUÍA DE ENTREVISTA A PSICÓLOGOS .....	278
8.2. DESARROLLO DE LAS GUÍAS DE ENTREVISTA A PSICÓLOGOS ....	281
8.3. MODELO DE GUÍA DE ENTREVISTA A JUECES .....	290
8.4. DESARROLLO DE LAS GUÍAS DE ENTREVISTA A JUECES .....	293
8.5. JURISPRUDENCIA ARGENTINA .....	305



**ÍNDICE DE TABLAS**

CUADRO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

## **RESUMEN**

La presente tesis tiene como objetivo proponer y fundamentar criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre. La misma que según su naturaleza es de tipo descriptivo; según la aplicabilidad, es básica. Asimismo, el método general que se empleará es descriptiva; dentro de los métodos propios de la investigación jurídica, está el dogmático; y, finalmente, dentro de los métodos de interpretación jurídica, se empleará el método hermenéutico jurídico.

El desarrollo de la investigación nos permitió obtener como resultados: i) la omisión de reconocimiento de paternidad de un hijo menor de edad hace incurrir al padre en responsabilidad extracontractual; ii) el daño moral que se causa al hijo por su no reconocimiento paterno; iii) la propuesta, desarrollo y fundamentación de los criterios: los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano, y el criterio equitativo puro, los cuales permitirán cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre; y, iii) los criterios propuestos contribuyen a la debida motivación de las resoluciones judiciales, a fin de evitar la arbitrariedad del juez y, por el contrario, sus decisiones sean justas y predictibles.

**Palabras claves:** responsabilidad civil, daño moral, resarcimiento, derecho a la identidad.

**Las autoras.**

**ABSTRACT**

This thesis aims to propose and substantiate criteria that contribute to quantify the moral damage caused to the minor child not recognized by his father. The same that according to its nature is descriptive; according to the applicability, it is basic. Also, the general method to be used is descriptive; Within the proper methods of legal research, there is the dogmatic; and, finally, within the methods of legal interpretation, the legal hermeneutical method will be used.

The development of the investigation allowed us to obtain as a result: i) the omission of paternity of a minor child causes the father to incur extra-contractual liability; ii) the moral damage caused to the child by his paternal non-recognition; iii) the proposal, development and rationale for the criteria: the constitutional rights violated by the child, the Principle of the Best Interest of the Child and the Adolescent, the Pisan method, and the pure equitable criterion, which will contribute to quantify the moral damage caused to the minor child not recognized by his father; and, iii) the proposed criteria contribute to the proper motivation of judicial decisions, in order to avoid the arbitrariness of the judge and, on the contrary, their decisions are fair and predictable.

**Keywords:** civil liability, moral damage, compensation, right to identity.

**The authors.**

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA**

En el Perú, el tema de la paternidad no responsable es una problemática que se presenta no sólo a nivel local sino también nacional, mediante el cual, por mucho tiempo, el hijo menor de edad no reconocido por su padre ha tenido que vivir en la postergación de sus derechos y orígenes.

Por ello, no podemos negar que cuando el padre se sustrae del deber jurídico de reconocer a su descendencia, está lesionando un interés extrapatrimonial respecto a su hijo, como es el desconocer su realidad biológica, vulnerando sus derechos como el de la identidad principalmente, a tener un nombre, el derecho a conocer a sus progenitores y llevar sus apellidos, entre otros. Siendo así, esta lesión al interés extrapatrimonial del hijo y la vulneración a sus derechos fundamentales, trae como consecuencia un daño o afectación a su esfera sentimental, lo que se conoce como daño moral.

Este tipo de daño se puede apreciar de los casos derivados de los expedientes tramitados en el Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Nuevo Chimbote durante el año 2017, de los cuales advertimos de los fundamentos de hechos de la demanda una afectación emocional en los menores de edad, toda vez que los padres pese a tener conocimiento de la existencia de sus hijos, no los reconocen voluntariamente; contrario a ello, aduciendo falsas promesas a las madres, hacen dilatar la regularización de la

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

situación legal de los menores. Un claro ejemplo de ello, lo podemos apreciar del Exp. N° 273-2017-Nuevo Chimbote, donde la madre de la menor alegó haber retrasado su demanda de filiación extramatrimonial dado que el padre de esta le pidió que no lo perjudique demandándolo judicialmente hasta finalizar su carrera militar de oficial del ejército, prometiéndole que reconocería a la menor al graduarse, siendo que al nacer la menor la demandante decidió registrarla con sus apellidos. Sin embargo, este reconocimiento voluntario no se dio, ya que cuando el demandado se enteró que los gastos de su hija eran superiores al monto mensual que él ofrecía, optó por no reconocerla (conducta antijurídica), viéndose la madre obligada a iniciar el proceso de filiación extramatrimonial y accesoriamente alimentos, pues ya había esperado tiempo suficiente para regularizar la situación legal de su menor hija.

Del caso en mención, se advierte que la demandante ha venido asumiendo el rol de padre y madre para la menor; además, cabe precisar que el tiempo transcurrido para demandar la filiación está justificado por las falsas promesas del demandado. Asimismo, a la fecha de la interposición de la demanda (12/04/2017) la menor contaba con 04 años y 04 meses de edad, tiempo suficiente para darse cuenta de la ausencia de una figura paterna; en consecuencia, si bien el actuar de la madre fue diligente, no obstante, la menor se ha visto afectada por la vulneración de su derecho a la identidad estática.

Situación que no es ajena a la jurisprudencia argentina, donde también se aprecia el daño moral causado al hijo por el no reconocimiento del padre. Véase el Exp. N° 102350-2016-Buenos Aires, en cuyo considerando sexto de

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

la sentencia de vista, la Juez Superior señaló que no tiene dudas acerca de la procedencia del daño moral en el caso en estudio, siendo el demandado civilmente responsable al sustraerse del deber jurídico de reconocer a su descendencia, pues luego de haber sido demandado judicialmente por filiación, solo contribuyó a someterse a un análisis de ADN; no obstante de tener conocimiento de la existencia de su hija y, de demostrarse el vínculo filiatorio con la misma no la reconoció voluntariamente en primera instancia, trayendo como consecuencia un ineludible agravio moral por la vulneración de los derechos de la personalidad de su hija, evidenciándose una clara afectación emocional.

Si bien el daño moral es de tipo inmaterial, no es óbice para ser compensado, es por ello que en la práctica se emplea sumas de dinero como medio para su reparación, pues el dinero va a permitir que las personas afectadas reciban satisfacciones que atenúen los detrimentos sufridos.

En ese sentido, visto el expediente precitado de Argentina, la juez en su fundamento sexto sostiene: “(...) el daño moral tiene naturaleza resarcitoria (...)”, en consecuencia, confirmó la sentencia dictada en primera instancia, donde se condenó al demandado al pago de \$ 200.000,00 pesos argentinos a favor de la hija.

Entonces, al existir daño moral causado al hijo menor de edad por el no reconocimiento de su progenitor y, ante la falta la ausencia de criterios que permitan cuantificarlo, las investigadoras propondremos y fundamentaremos qué criterios permitirán cuantificar el daño moral causado al menor de edad, a fin de fijar un adecuado resarcimiento.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Al respecto, si bien existen trabajos de investigación (tesis) respecto al resarcimiento que deberían recibir los hijos extramatrimoniales al no ser reconocidos por sus padres, no obstante, no desarrollan criterios para cuantificar el daño moral que se les causa a dichos menores de edad.

Además, como bien lo hemos mencionado, en Argentina, el no reconocimiento de un hijo conlleva a un resarcimiento por el daño moral que se le causa, en ese sentido los jueces argentinos a través de sus fallos han establecido criterios para determinar la cuantificación de este tipo de daño, siendo los siguientes: i) La edad que tenga el menor y el impacto especial en la etapa de la adolescencia; ii) El plazo que ha transcurrido desde la negativa paterna; iii) La aptitud que tiene el padre durante el proceso; iv) La demora en iniciar la acción de filiación por parte de la madre; v) La situación social en la que se encuentran los padres (Expediente N° 40744/9, de fecha 05 de abril del 2017, que contiene la sentencia emitida por la Sala de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes).

Siendo así, nos preguntamos si, en la realidad nacional también es necesario proponer criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, con la finalidad de otorgarles una adecuada compensación y se tutele sus derechos fundamentales; problemática que discutiremos en la presente investigación, teniendo en cuenta que esta tesis se centrará en los supuestos donde el padre tiene pleno conocimiento de la existencia de un hijo propio y aun así no lo reconoce (vulnerándose su identidad estática), asimismo donde la madre actúa de manera diligente, siendo que la demora para interponer la demanda

de filiación extramatrimonial se encuentra justificada por las falsas promesas de los demandados.

No obstante lo anterior, cuando un hijo menor de edad ya tiene construida su identidad dinámica con una figura paterna distinta a su verdadero progenitor (Casación N° 950-2016-Arequipa) pero, si después de cierto tiempo el padre biológico decide reconocerlo a pesar que tuvo pleno conocimiento de su existencia desde su nacimiento, estaría vulnerando la identidad estática del menor (verdad biológica) mas no la dinámica, dado que si un hijo se entera que su supuesto padre (quien lo reconoció) no lo es, y que su verdadero progenitor no lo quiso reconocer, le ocasionaría una afectación emocional. Entonces, independientemente que un menor de edad haya desarrollado su identidad dinámica con una figura paterna distinta, la identidad estática (verdad biológica) se verá afectada.

### **1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN**

La presente tesis tiene por objeto proponer y fundamentar criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre y, si estos contribuyen a fijar un adecuado resarcimiento por parte del juez, evitando el uso de su arbitrariedad y, por el contrario, sus decisiones sean justas y predictibles.

### **1.1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA**

Se ha procedido a revisar las tesis más relevantes que han sido desarrolladas en las diversas universidades del Perú, como la Universidad Cesar Vallejo, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Universidad



**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Autónoma del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, Universidad Peruana Los Andes, Universidad Nacional de Huancavelica. A continuación, haremos mención de las tesis de investigación relacionadas a la problemática planteada, las mismas que servirán de aporte a la presente investigación:

- a. Tesis: Pupuche, Yesica. (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*, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo – Lambayeque, para obtener el grado de magíster en Derecho con mención en Civil y Comercial.

Concluye de la siguiente manera: i) La carencia de normatividad en el Perú respecto a la regulación del 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; ii) No solo se busca sancionar conductas antijurídicas, además, dar protección a los menores reconocidos tardíamente, quienes se ven afectados en sus derechos por actos ajenos.

- b. Tesis: Tuesta, Fátima. (2015). *Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial*,

Universidad Autónoma del Perú – Lima, para conseguir el título de abogado.

Concluye que, para establecerse la responsabilidad civil derivada del no reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, se debería realizar una reforma general para proteger aquellos derechos fundamentales regulados en los Tratados Internacionales, la Constitución, además de la necesidad de crear mecanismos para tutelar a los hijos teniéndose como base el principio del interés superior del niño y adolescente.

- c. Tesis: Olortegui, Rosa. (2010). *Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Lima, para obtener el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial.

Llega a las conclusiones: i) La insuficiencia de una regulación legislativa en el Perú respecto al daño moral conlleva a exigir su reparación.; ii) No obstante de que los derechos de la personalidad son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, existen dificultades en la protección de los siguientes derechos: al nombre, a la dignidad, al honor, a la propia imagen, a la intimidad, etc., cuando estos han sido afectados.

- d. Tesis: Pinilla, Vanessa. (2014). *El interés superior del niño/niña vs principio al debido proceso en la Filiación Extramatrimonial*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – Chiclayo, para obtener el grado de Abogada.

Concluye lo siguiente: Es esencial que se proteja el derecho a la verdad biológica y a la identidad del hijo extramatrimonial, frente a cualquier otro derecho que intente poner obstáculos a su debida aplicación, como definitivamente lo son los derechos procesales del supuesto progenitor, pues si bien el padre tiene derechos que gozan de tutela en el sistema jurídico, estos entran en conflicto con el derecho constitucional a la identidad del menor que guarda relación con el principio del interés superior del niño, donde este último debe prevalecer frente a los derechos procesales, mereciendo mayor protección.

- e. Tesis: Arce, Carla. (2015). *La filiación extramatrimonial y la responsabilidad civil*, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga – Ayacucho, para obtener el título de abogado.

Se concluye que al hijo extramatrimonial se le causa un daño moral y material por el no reconocimiento de su padre. Pero, esta situación no es solamente responsabilidad del padre, sino también de la madre, quien, por conductas de venganza o egoísmo hacia el padre del menor, o a veces por la negligencia de una relación sexual aislada, ocasiona que su hijo no goce de sus derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú, en los tratados internacionales e incluso en el Código Civil.

- f. Tesis: Limaylla, Stephanie., y Osorio, Rosa. (2016). *La responsabilidad civil sobre filiación extramatrimonial y el transcurso del tiempo en la acción indemnizatoria impulsada por los reconocidos judicialmente*, Universidad Peruana Los Andes – Huancayo, para obtener el título de Abogado.

En la tesis se llega a concluir que la responsabilidad civil implica la obligación de compensar el daño producido; por tanto, al generarse el daño a la persona y el daño moral a aquellos hijos no reconocidos en el ámbito judicial, los mismos se hallan en la facultad de exigir una indemnización, sin embargo, ello se restringe por la carencia de una regulación expresa.

- g. Tesis: Guerra, Raquel. (2015). *La responsabilidad civil como consecuencia del no reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial, en Huancavelica – 2014*, Universidad Nacional de Huancavelica, para obtener el título profesional de abogado.

Se concluyó que los requisitos constitutivos de la responsabilidad civil se aplican a los casos de no reconocimiento de paternidad extramatrimonial, estableciéndose así: i) la antijuricidad se relaciona con el hecho de no reconocimiento del hijo extramatrimonial, lo cual es un acto contrario a la ley, ii) respecto al daño, este debe diferenciar en moral y daño material, iii) sobre la nexa causal, implica el nexo entre el no reconocimiento y el daño causado al hijo, iv) en relación al factor de atribución, debe existir el dolo o la culpa, sin hacer distinciones sobre la última.

- h. Tesis: Idrogo, Lilia. (2017). *La responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial*, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo – Lambayeque, para obtener el grado académico de maestra en derecho con mención en Civil y Comercial.

Se concluye que la acción de reconocer a un hijo extramatrimonial es una obligación de ambos padres, y con el hecho de no reconocerlo, se incumple un deber para con su hijo, aunado a ello se transgrede la dignidad de la persona, también el derecho a la identidad, en consecuencia, ese daño causado debe ser sin lugar a dudas resarcible.

- i. Tesis: Campos, Yarith. (2018). *La Responsabilidad Civil por Afectación del Derecho a la Identidad de Hijos Extramatrimoniales por Omisión Paterno Filial en Lima Norte*, Universidad Cesar Vallejo – Lima, para obtener el título profesional de abogada.

El autor de la tesis llega a las siguientes conclusiones: i) El proceso de filiación extramatrimonial cuenta aún con algunos vacíos legales, lo que genera problemas como resultado de la falta de un ajuste de la norma con la realidad social, es por ello que cuando existe una acción omisiva y no una norma que lo establezca para que se pueda realizar una compensación por el daño moral provocado al menor, aún no se puede determinar en los procesos de filiación; ii) Urge una reforma legislativa en relación a la filiación extramatrimonial, con la finalidad de que la norma se adecue a la protección del menor y a su desarrollo integral como persona, pues al no ser reconocido, se provoca un daño a nivel moral como material.

- j. Tesis: Delgado, Giancarlo. (2018). *Responsabilidad civil por la acción omisiva y pasiva de los padres en la filiación extramatrimonial*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – Chiclayo, para conseguir el título de abogado.

Concluye que el acto omisivo del padre en los procesos de filiación extramatrimonial viola el derecho a la identidad de su hijo, quien, al tener antecedentes biológicos desde la concepción, e identificándose con una familia, se le causa un daño moral, ya que, la identidad de cada persona permite diferenciarla de los demás. Por ende, se debe atribuir responsabilidad civil al padre que no reconoció a su hijo, a pesar de conocer su relación filiatoria con este último.

## **1.2. ENUNCIADO DE PROBLEMA**

¿Cuáles deberían ser los criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre en los casos de filiación judicial de paternidad extramatrimonial durante el año 2017?

## **1.3. LOS OBJETIVOS**

### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

- a. Fundamentar si los criterios a proponerse permitirán cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a. Identificar de las sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Nuevo Chimbote durante el año 2017, el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.
- b. Analizar si del derecho nacional se pueden extraer criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

- c. Analizar si del derecho comparado se pueden extraer criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.
- d. Describir desde el derecho nacional y comparado los aspectos generales de la responsabilidad civil.
- e. Analizar desde el derecho nacional y comparado el daño moral, y los aspectos generales de la filiación.
- f. Proponer criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

### **1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

Al existir daño moral en los casos analizados sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial durante el año 2017 y, ante la ausencia de criterios que permitan cuantificar el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre, proponemos criterios innovadores para compensar este tipo de daño.

### **1.5. VARIABLES**

#### **1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE**

Criterios innovadores.

#### **1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE**

Daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre.

## **1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico no existe alguna normativa que regule el resarcimiento por el daño moral causado a los hijos menores de edad no reconocidos por sus padres, sin embargo, esta problemática ya ha sido abordada en algunos trabajos de investigación como bien se aprecia de los antecedentes (acápite 1.1.3.).

No obstante, de nuestra población muestral se advierte la afectación emocional en los hijos menores de edad por el no reconocimiento de sus padres, viéndose vulnerada la identidad estática de estos menores, debiendo ser compensada esta afectación.

Por ello, la presente tesis es **conveniente porque** centrará la discusión respecto a cuáles deberían ser los criterios que permitan al juez cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre para fijar un adecuado resarcimiento, problemática que será desarrollada por las investigadoras, al ser un tema de investigación que necesita ser profundizado.

En ese sentido, este proyecto de investigación es **relevante porque** trascenderá para la comunidad jurídica peruana con los criterios a proponer y fundamentarse, ya que los jueces van a hacer un mejor desarrollo de sus sentencias (debida motivación), siendo en este caso ellos mismos los **beneficiarios**.

Asimismo, esta tesis **sirve para** profundizar y afianzar el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, además que se protejan los derechos fundamentales vulnerados del hijo menor de edad no reconocido, cuyos **beneficiarios** serán dichos menores de edad.



## **1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO**

La presente tesis está comprendida en tres capítulos. En el primero partiremos definiendo a la responsabilidad civil, y desarrollaremos aspectos generales que aborda la mencionada institución jurídica, como las teorías de su clasificación, los tipos, funciones y presupuestos.

En el segundo capítulo abarcaremos la figura del daño moral, su origen a nivel global y su evolución dentro de la legislación peruana, asimismo, se desarrollarán aspectos como la acción resarcitoria del daño moral, las teorías sobre su reparación, la prueba del daño moral, su valoración y cuantificación. Aspectos que resultan relevantes para advertir la necesidad de un mayor tratamiento que merece la figura del daño moral dentro de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina.

Así también, en el mismo capítulo, abordaremos de manera general todo lo referente a la filiación, su definición, los tipos, las acciones de filiación y su determinación en ambos supuestos de filiación.

Por último, en el tercer capítulo, sobre el cual se fundamenta y justifica nuestra tesis, desarrollaremos el daño moral que se causa al hijo menor de edad por el no reconocimiento de su padre, tanto en el derecho comparado (específicamente en los países de Argentina, Chile y Costa Rica) como en el derecho nacional; asimismo, trataremos sobre los criterios para cuantificar el daño moral en la doctrina y otras ramas del derecho peruano.

A partir de ello, responderemos la siguiente pregunta ¿Cuáles serían los criterios que permitan cuantificar el daño moral en el hijo menor de edad no

reconocido por su padre?, pregunta que será respondida y desarrollada a profundidad para absolver la problemática de nuestra investigación.

Seguidamente, realizaremos la aplicación de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en el caso del hijo menor de edad no reconocido, y, por último, responderemos a la pregunta ¿Cómo fijar un adecuado resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre?, la cual también será absuelta de manera clara y tomando en cuenta aspectos desarrollados en los capítulos anteriores. Es menester mencionar, que se analizará la casuística considerada en nuestra población muestral.

#### **1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN, Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

La presente investigación según su naturaleza es descriptiva, y por su aplicabilidad es básica. Se aplica el diseño de INVESTIGACIÓN–ACCIÓN, ya que pretendemos analizar la problemática del daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre y, en consecuencia, fundamentar y proponer los criterios que le permitan al juez cuantificar dicho daño, a fin de afianzar el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, y los derechos fundamentales del menor de edad. Específicamente, dentro de la investigación jurídica, el diseño de investigación en el cual se subsumirá nuestra tesis será el DESCRIPTIVO–PROPOSITIVO, en tanto se va a cuestionar los vacíos o lagunas de la norma jurídica existente, evidenciando sus deficiencias con la finalidad de culminar en propuestas teóricas o legislativas (Aranzamendi, 2013).

En relación a los métodos generales, se empleó el método inductivo-deductivo y el analítico-sintético; y, respecto a los propios de la investigación jurídica, hemos utilizado el método dogmático, sociológico y el histórico. Dentro de los de interpretación jurídica, hemos empleado el método hermenéutico jurídico, el dogmático jurídico y el extensivo.

Además, para el desarrollo de la presente tesis hemos revisado y analizado jurisprudencia nacional y comparada, así como doctrina y legislación nacional y comparada, trabajos de tesis y de investigación, todo en relación al tema en cuestión.

#### **1.9. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA**

La información recabada para desarrollar la presente tesis fue extraída de libros físicos obtenidos de las bibliotecas de diversas universidades, como: la Universidad Nacional del Santa, la Universidad César Vallejo, la Universidad Privada San Pedro, la Universidad Los Ángeles de Chimbote; en las bibliotecas de las instituciones: Colegio de Abogados del Santa, y del Poder Judicial de la Corte Superior de Justicia del Santa. Además, obtuvimos información virtual de libros, revistas, artículos disponibles en la web (fuentes confiables), en beneficio de los conocimientos jurídicos de los estudiantes y profesionales interesados.

**II. MARCO TEÓRICO**

**CAPÍTULO I**

## **CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

### **1.1. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Para estudiar la responsabilidad civil, es importante conocer los estudios de esta institución jurídica a través de su evolución histórica y las teorías (subjetiva – objetiva) que la fundamentan. Pues, debemos remontarnos a las manifestaciones originarias de la actividad humana, donde aquella víctima que sufría un daño tenía un instinto natural de venganza, conociéndose esta etapa como la venganza privada (Vidal, 2006).

Posteriormente, se pasa a una etapa menos inequitativa, donde la conducta humana se modera, permitiéndose a la víctima ejercer su derecho de venganza o perdonar a su ofensor a través de un monto pecuniario consentido por la víctima. De este modo, hace su aparición el Estado en la organización social, pasando a la etapa del resarcimiento del daño (Ojeda, 2009).

Siendo así, al momento de ocasionarse un daño a una persona se estaría configurando un delito, que debía ser legislado en el Derecho Romano. Empero, el término “responsabilidad civil” no fue empleado como tal en Roma, ya que a los causantes de daños se les aplicaba sanciones sin hacer distinción si estábamos frente a una sanción civil o penal.

Por tanto, para desarrollar la definición de responsabilidad civil, es necesario conocer el origen etimológico del término “responsabilidad”, el cual proviene del latín *spondere* (prometer), y al anteponerse el prefijo “re” (*respondere*), el término adquiere el significado de reciprocidad, lo cual significaría prometer a otro que espera una respuesta (Corral, 2003).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Estando a lo anterior, cuando se causa daño patrimonial o a un bien no patrimonial de cualquier sujeto, el derecho ha delineado normas que exigen reparar el daño causado a quien cometió el perjuicio, configurándose la responsabilidad civil. Pues, “toda responsabilidad tiene su génesis en la violación de un deber jurídico, ya se trate del deber de prestación, o del deber de no dañar” (Wayar, como se citó en Torres, 2012). Configurándose en cualquiera de estos casos la transgresión de un hecho ilícito, en consecuencia, se genera una nueva obligación.

En tal sentido, la responsabilidad civil se refiere al daño que se ocasiona a una o varias personas y el deber de repararlo que tiene el causante, dado a su actuar antijurídico, empleando medios equivalentes.

Para Espinoza (2013), esta institución jurídica es “una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado” (p. 46).

Osterling (s/f) sostiene que es el conjunto de normas que sancionan al responsable que causó daños físicos o morales a una o varias personas a través de su conducta antijurídica, obligando a repararlo en su integridad.

Asimismo, la responsabilidad civil es definida por Le Tourneau (2004) como la obligación de asumir las consecuencias de un daño ante la justicia, siendo su propósito principal la reparación del perjuicio causado a la víctima.

Se puede advertir que, para Espinoza, Osterling y Le Tourneau, la principal finalidad de la responsabilidad civil es el resarcimiento del daño, pues de no producirse este no se podría configurar la mencionada institución jurídica.

En palabras de Torres (2012) la finalidad del derecho de responsabilidad civil no solo es resarcitoria, sino también preventiva, ya que si solo fuera resarcitoria nos referiríamos a una miseria de derecho. Por ello:

las indemnizaciones no deben ser tan bajas como para perder su poder disuasivo, en el sentido de que no inciten a tomar las precauciones debidas para evitar los eventos dañosos. Pues, a mayor sanción se producirán menos daños, empero ello no significa que la indemnización sirva como un medio de enriquecimiento indebido de la víctima o que se establezcan reparaciones que dejen en orfandad a los obligados de la reparación (pp. 1314–1315).

Además, debe entenderse a la responsabilidad civil como un sistema de solución de conflictos sociales e interpersonales, a consecuencia de la configuración del daño que se generan en una determinada sociedad (Taboada, 2001).

Es decir, cuando nos referimos a la responsabilidad, se pretende ahondar la problemática de la vulneración de la norma u obligación ante el cual se encuentra el responsable como resultado de su acción antijurídica.

Por su parte, Beltrán (2016) señala que la responsabilidad civil es “el conjunto de consecuencias jurídicas a las que los sujetos se someten por haber asumido una situación jurídica de desventaja, ya sea voluntaria o por efectos de la ley” (p. 17).

Entonces, podemos advertir que la institución jurídica de la responsabilidad civil ha sido definida desde la óptica de su finalidad y los presupuestos que la conforman, llegando a concluir los autores citados que la responsabilidad conlleva a la obligación de reparar los daños causados a la víctima producto de una conducta antijurídica.

## **1.2. TEORÍAS DE LA CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

La responsabilidad civil es un tema de larga data, pues una parte de la doctrina concibe que en el Derecho Romanista no se hizo ninguna diferencia entre los regímenes de esta institución jurídica. Pues mientras que en la responsabilidad contractual se caracterizaba por la Ley de las XII Tablas, la extracontractual se identifica con la Lex Aquilia, de ahí que con su evolución se llegó a legislarlas por separado.

En ese sentido, tanto la Ley de las XII Tablas como la Ley Aquiliana marcan el inicio sobre el cual se fundan las responsabilidades contractual y extracontractual, siendo que la diferenciación de ambas fue elaborada por los distinguidos glosadores y postglosadores, enfoque que posteriormente sería adoptado en el Código Napoleón por el Derecho Francés (Espinoza, 2013).

Para ser más precisas, De Los Mozos y Soto (2006) señalan:

la responsabilidad era calificada de manera objetiva tanto en los hechos previstos en la Ley de las XII Tablas como en los de La Lex Aquilia, y que solo al irse especificando el tratamiento de la inejecución de las obligaciones convencionales se introdujo el factor subjetivo de la culpa (p. 210).

Por tanto, se puede advertir que desde tiempos remotos no se hacía ninguna diferencia entre los tipos de responsabilidades, refiriéndose únicamente a la responsabilidad civil. Sin embargo, con el pasar del tiempo, en la doctrina ha surgido tres teorías para determinar la problemática que existe respecto a la clasificación de esta institución jurídica; las cuales son: tesis dualistas, monistas y eclécticas.



### **1.2.1. TESIS DUALISTAS**

También llamada tesis clásica, es defendida por un considerable sector de la doctrina y se sustenta en que existen dos regímenes de responsabilidad civil: la contractual, cuya fuente primigenia es el contrato y los daños causados emergen del incumplimiento de las obligaciones convencionales; y la extracontractual, surge durante el desarrollo de actividades humanas en donde se vulnera el deber genérico de no causar daño a nadie, al margen de relaciones jurídicas contractuales.

Resalta en esta posición Sainctelette (como se citó en Espinoza, 2002), quien en el año 1884 diferenció los dos sistemas de responsabilidad civil, sosteniendo que las relaciones jurídicas son establecidas mediante la ley (orden público) o por el contrato (intereses privados) y por ende ambas responsabilidades merecen una denominación diferente.

En nuestro país, Payet sostiene que entre ambos regímenes de responsabilidad existen diferencias accidentales y sustanciales basadas en la naturaleza de la norma vulnerada y la función que desempeñan. Siendo la función de cooperación ante a una obligación incumplida propia de la responsabilidad contractual, y la función de la solidaridad social frente al daño en la responsabilidad aquiliana (como citó en Solís, s/f).

Así pues, esta tesis dualista se ha impuesto frente a otras posiciones manteniéndose hasta en la actualidad sin que nuestro Código Civil sea ajeno a esta tesis. Sin embargo, doctrina comparada critica la posición tradicional y

sostiene la unificación de ambos regímenes de responsabilidad, conforme se explicará en las siguientes líneas.

### **1.2.2. TESIS MONISTAS**

Considera insostenible la existencia de dos regímenes de responsabilidad civil, alegando los partidarios de esta tesis la regulación de un régimen único para esta institución jurídica.

Destaca en esta posición Lefebvre, quien en el año 1896 impugnó la tesis de la dualidad de culpas señalando que la única culpa es la delictual; por su parte, Grandmoulin sostiene que no existe distinción entre ley y contrato (Espinoza, 2013).

Estos partidarios interpretando el artículo 1302 del Código Civil Francés argumentaban que la ley es un contrato social y el contrato es ley entre las partes, y en el supuesto de una conducta ilícita la obligación (sea por ley o contrato) se extinguía automáticamente por pérdida o porque su objeto devenía en imposible, siendo de aplicación las normas de responsabilidad ilícita.

En esa misma línea, Peirano afirma que al estudiar los textos legales y los conceptos jurídicos puros se evidencia que la responsabilidad civil contractual no se podía distinguir de la extracontractual, ya que la responsabilidad llamada contractual por los dualistas es por su naturaleza de carácter delictual (Ojeda, 2009).

Sin embargo, frente a esta tesis surge el juicio crítico del autor Espinoza (2002) señalando que la interpretación del artículo 1302 del Código

Civil Francés es inexacta e incompleta, pues la ley es una norma jurídica y el contrato es un acuerdo de voluntades, y la expresión “el contrato es ley entre las partes” es para aludir metafóricamente a su fuerza obligatoria; por ende, los fundamentos que defienden esta teoría son insostenibles.

Partiendo de lo anterior, surge la tesis ecléctica, la cual se desarrolla a continuación.

### **1.2.3. TESIS ECLÉCTICAS**

Esta tesis ocupa un punto medio entre las tesis dualistas y monistas, sosteniendo el carácter de “identidad” entre ambos sistemas de responsabilidad civil, empero admiten caracteres específicos para cada régimen.

De esta manera, los hermanos Mazeaud (como se citó en Solís, s/f) señalan que no existen diferencias relevantes entre los dos tipos de responsabilidades y sólo hay diferencias accesorias o de régimen; por tanto, ambos sistemas se identifican en sus principios, pero no en sus efectos.

En tal sentido, esta teoría considera a la responsabilidad civil contractual semejante a la extracontractual en determinados aspectos, pero con diferencias puntuales. Así, la doctrina uruguaya y argentina, como Espinoza (2013) sostienen que la responsabilidad civil es única, con presupuestos comunes, pero con diferencias específicas, lo que ha llevado al legislador a regular de manera distinta ciertas cuestiones.

### **1.3. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

La doctrina y el Código Civil vigente dividen a la responsabilidad civil en dos: contractual u obligacional, cuando los daños son causados por el incumplimiento de una obligación contractual; y la extracontractual o aquilina, cuando los daños se generan sin mediar un vínculo jurídico previo entre las partes, es decir, se vulnera el deber jurídico genérico de no causar daño a nadie.

#### **1.3.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**

Tanto Morera (2010) como Sanabria (2015) la definen como aquella responsabilidad que resulta de una obligación preexistente entre las partes, cuyo incumplimiento del deudor origina la obligación de indemnizar al acreedor por el daño que se le ocasionó.

Es decir, esta institución jurídica surge del quebrantamiento de una relación contractual previamente constituida, generándose la obligación de compensar el daño producido mediante el otorgamiento de una indemnización por parte del deudor al acreedor.

Para Velásquez (2015) la responsabilidad contractual se da cuando hay un contrato donde emergen prestaciones de dar, hacer o no hacer, las que tienen que ser asumidas por los contratantes, pues en caso de incumplimiento surgirá la obligación de reparar los daños por quien las ocasionó.

En este tipo de responsabilidad, el “deudor será calificado como responsable por la inejecución de la obligación o por su ejecución parcial, tardía o defectuosa, quedando sujeto a las acciones del acreedor” (Torres, 2012, p. 1311). De lo que se colige que mientras el deudor cumple con una

función activa, al tener que ejecutar la prestación, el acreedor tiene un papel pasivo, al tener que esperar que el deudor cumpla con la obligación.

Como se advierte, gran parte de la doctrina afirma que esta institución jurídica es definida como la obligación de reparar los daños sufridos por la inejecución de una obligación contractual. Es así que, Velásquez (2015) sostiene: “la responsabilidad contractual parte del supuesto de que todo contrato válidamente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento de ambos o por causas establecidas en la ley” (p. 39).

En consecuencia, la responsabilidad contractual se caracteriza por el incumplimiento de una prestación, ya sea de dar, hacer o no hacer, a causa del actuar antijurídico del deudor, con lo que nace una nueva obligación de compensar los daños ocasionados al acreedor, que reemplazaría el menoscabo que existía al momento de crearse el contrato.

### **1.3.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**

Es una institución que busca reparar de manera económica un daño cierto y determinado, generado por una acción sin que exista algún vínculo obligacional entre el responsable y el perjudicado. En palabras de Torres (2012):

El Derecho hace nacer la obligación de indemnizar a la víctima por parte de la persona que causa el daño, de tal forma que el perjudicado quede en una situación lo más parecida posible a como se encontraba antes de sufrir el perjuicio (p. 1312).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Es decir, si se causa daño a una persona sin justificación alguna, el Derecho tiene como fin buscar resarcir dicho daño, trasladándole la carga económica a los responsables de quien lo ocasionó (De Trazegnies, 1988). Por tanto, el daño será consecuencia de la infracción del deber jurídico genérico de no causar daño a nadie (Taboada, 2001).

En esa misma línea, la responsabilidad extracontractual es entendida por Gálvez (2005) como aquella obligación general establecida por la convivencia social o el ordenamiento jurídico, la cual se origina al vulnerarse el deber general *neminem laedere*, lo que implica no ingresar en la esfera jurídica de otra persona.

Por su parte, Morera (2010) refiere que esta responsabilidad proviene no sólo de la infracción del deber general de no causar daño a otro, sino también de obligaciones no contractuales impuestas por la ley, que derivan del orden público y las buenas costumbres.

En consecuencia, este tipo de responsabilidad civil gira en base a la protección del principio “*alturum nom laedere*”, es decir, el deber jurídico de no causar daño a las demás personas y, de las obligaciones independientes impuestas a la voluntad de todos los particulares exigidas por el ordenamiento jurídico, por ejemplo, la responsabilidad por el daño que causa un determinado sujeto al atropellar a un peatón mientras conducía su automóvil.

#### **1.4. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Ahora corresponde estudiar las diversas funciones que cumple la institución jurídica de la responsabilidad civil, las cuales son: restitutiva, preventiva, punitiva y distributiva.

##### **1.4.1. FUNCIÓN RESTITUTIVA O REPARADORA**

Se sostiene de forma unánime: “la función de ser de la responsabilidad civil es la reparación de los daños causados a la víctima – individual o colectiva – constituyendo la razón de ser dentro del sistema jurídico y del control social” (Alpa, 2001, p. 78).

Esta función implica reparar el daño producido al lesionado, es decir, dejar a este último indemne; por tanto, corresponde que el lesionante asuma hasta donde le sea posible el costo de compensar el perjuicio sufrido por la víctima, dado que el daño causado no va a desaparecer (Corral, 2003). En palabras de Torres (2012) esta función opera después que el daño o perjuicio se haya producido, reponiendo las cosas al estado anterior a través de una compensación integral.

Para ser más exactas, la persona que cause un daño debe indemnizar a la víctima y, en su caso, responder económicamente por los perjuicios ocasionados. Es decir, ante una pérdida sufrida, se tiene la obligación de reparar el daño, el cual en todos los casos es cuantificable en dinero, incluso si nos referimos a daño moral o psicológico, la reparación tendrá un fin pecuniario (Fernández, 2016).

Estando a lo anterior, se advierte que los autores mencionados concluyen que si algún sujeto daña a otro tiene la obligación de repararlo; y, de este último que, en caso la pérdida irreparable resulte imposible de compensar, igualmente el derecho establece el “pago en dinero” como un sustituto. Si bien, estas son cuestiones subjetivas, el Juez a través de su resolución tendrá que cuantificar dichos montos.

Por otro lado, esta función restitutiva de la responsabilidad civil está regulada en los artículos 1969 y 1970 de nuestro actual Código Civil, bajo el supuesto de quien “causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (repararlo)”. Podemos advertir la falta de uniformidad del Código Civil al utilizar distintos términos en relación a la misma consecuencia dañosa que establecen ambos artículos; toda vez que el artículo 1969 se refiere a “indemnizar”, mientras que el 1970 a “reparar”, tomándolo como sinónimos.

#### **1.4.2. FUNCIÓN PREVENTIVA**

Esta función pretende reducir o evitar la producción de daños, por lo que los montos reparatorios respecto a las conductas dolosas y culposas que generen algún tipo de daño deben tener un efecto disuasorio (Torres, 2012). No se puede incitar a la realización de conductas antijurídicas, por el contrario, para evitar la producción de eventos dañosos, se deberían tomar las medidas adecuadas. Esta función, a diferencia de la anterior, actúa *ex ante* que el daño suceda.

Respecto a la función preventiva, para Umansky (2016):



(...) se supone que hay una condena a pagar y que ésta ha de ocasionar un efecto disuasorio o, en todo caso, ha de ser un incentivo importante a efectos de que el daño no se vuelva a provocar, para lo cual se debe de adoptar las precauciones correspondientes (...) (pp. 111-112).

Ello implica que el sujeto causante del daño que se vea obligado a responder económicamente por el perjuicio producido, afectando con ello su patrimonio, va a tratar de evitar realizar conductas ilícitas en el futuro, lo cual le originó el detrimento pecuniario. Asimismo, la obligación de tener que indemnizar a las víctimas, desincentivará a los integrantes de la sociedad a causarse daño entre ellos, y ser más cuidadosos para evitar que ocurran ciertos daños (Corral, 2003).

En consecuencia, las leyes establecen costos muy elevados para aquellas personas que no logran advertir que su actuar incorrecto puede generar daños; con lo que se pretende desalentar su incumplimiento, y con ello la generación de daños y perjuicios. Por tanto, ir en contra de aquellas leyes es perjudicial tanto para la sociedad como para el Estado (Fernández, 2016).

#### **1.4.3. FUNCIÓN SANCIONADORA O PUNITIVA**

Además de la reparación y prevención del daño, la responsabilidad civil busca sancionar al autor de la conducta dañosa. Zavala (1999) sostiene que la función sancionadora o punitiva tiene una doble finalidad: por un lado, sancionar al autor del daño por su conducta reprochable y grave; así como, prevenir la reproducción de sucesivas conductas ilícitas desalentando al sujeto que causó el daño al imponérsele una sanción.

En ese sentido, Vergara (como se citó en Umansky, 2011) manifiesta: “(...) Es un reproche de corte valorativo que deposita, de alguna manera, la realización de una justicia castigando al culpable, haciéndole pagar lo que ha hecho, dándole su merecida retribución” (p. 112).

Ello significa que la función punitiva de la responsabilidad civil reside en sancionar conductas dañosas para evitar en el futuro su reincidencia, estableciéndose una suma indemnizatoria equivalente al daño efectivamente causado.

#### **1.4.4. FUNCIÓN DISTRIBUTIVA**

El análisis económico del derecho ha desarrollado la función distributiva de la responsabilidad civil, que implica el traslado de la carga económica del daño al sujeto que tenga mejor posibilidad de soportarlo.

Torres (2000) sostiene que esta función es propia de la responsabilidad objetiva, pues se permite realizar actividades lícitas pero capaces de generar daños a otros al ser peligrosas o riesgosas, empero no es necesario que se demuestre la culpa para obtener una indemnización, habiéndose desarrollado mercados de seguros obligatorios o facultativos que distribuyan el monto indemnizatorio entre muchas personas.

En esa misma idea, Fernández (2016) afirma que la función distributiva se relaciona con la responsabilidad objetiva, en donde independientemente de quien ejerza la conducta dañosa hay un sujeto que responde directamente por el perjuicio y será el que asuma el pago de la indemnización.

Siendo así, surgen dos teorías: la teoría *deep pocket* o bolsillo profundo, que implica trasladar el pago indemnizatorio a la parte que tenga más recursos económicos y, por otro lado, la teoría de la distribución social del riesgo, que consiste en responsabilizar por el daño a quien está en mejor situación de asumirlo para luego traspasar el costo a la sociedad (Bullard, 2010).

En la primera teoría, la carga económica del daño se logra mediante un seguro obligatorio aplicable a riesgos habituales como los accidentes automovilísticos (De Trazegnies, 2003). Por su parte, la teoría de la distribución social del riesgo se logra por medio de un sistema de precios, donde se traslada el costo de los daños a una determinada empresa, quien a su vez lo traslada a los consumidores al fragmentar el monto del costo en los servicios o productos que brinda (Bullard, 2010).

En consecuencia, la función distributiva busca la difusión de la carga económica a la parte que resulte idónea para tolerarlo, sea a través de un contrato de seguro facultativo u obligatorio, o a través de un sistema de precios donde finalmente es la sociedad quien asume el costo del daño.

## **1.5. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Los presupuestos (o también llamados elementos) de la responsabilidad civil, son los factores que se deben evaluar para establecer si una persona es responsable por el daño que ocasiona a otro sujeto y, si es la misma quedará obligada a indemnizar a la víctima.

Si bien es cierto existe considerable información respecto a los elementos de la responsabilidad civil, la doctrina está de acuerdo al considerar como un principal elemento de esta institución jurídica, no único, al daño, puesto que sin este no se podría hablar de reparación, es decir, no habría responsabilidad. Entre los demás presupuestos, tenemos a la imputabilidad, la antijuricidad o la ilicitud, el factor de atribución, y la relación de causalidad; los mismos que derivan del no cumplimiento de las obligaciones como de la responsabilidad aquiliana.

### **1.5.1.LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE IMPUTACIÓN**

Para la responsabilidad civil no se podría responsabilizar u obligar a asumir una indemnización, si es que no existe un sujeto a quien se le pueda imputar o atribuir la realización de un perjuicio.

En tal sentido, Sanabria (2015) manifiesta que la imputabilidad implica atribuir a una persona (natural o jurídica) la responsabilidad civil por los daños que ocasione.

Ahora, para que un sujeto sea imputable es necesario que tenga la capacidad o aptitud de discernimiento para responsabilizarse civilmente por los daños que causa su conducta antijurídica. Entendiendo por aptitud a la facultad que el ordenamiento jurídico le confiere a un sujeto para adquirir derechos civiles y contraer obligaciones (Alessandri, 2011).

Entonces, este elemento constitutivo se puede definir como la capacidad que tiene un sujeto de derecho para responder por los perjuicios que generan sus actos (Espinoza, 2002), ya sea por incumplir una obligación,

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

quebrantar un deber de conducta, crear una situación de riesgo o peligro a un tercero, etc.

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad civil no exige tener la capacidad de ejercicio, el cual se adquiere cuando se cumple la mayoría de edad, sino solo la capacidad de discernimiento (artículo 458 y 1975 del Código Civil), es decir saber diferenciar entre lo lícito y lo ilícito, entre lo bueno y lo malo.

Incluso, aun cuando el sujeto se halle, sin su culpa, en una situación de pérdida de conciencia, no será responsable por el daño que cause por carecer temporalmente de discernimiento (artículo 1974 C.C.).

De esta manera, tal como se desprende del artículo 1975 del Código Civil, las personas incapaces de ejercicio (esto es, los que todavía no cumplen 18 años de edad y los que son considerados como incapaces en los artículos 43 y 44) estarán obligadas a responder por el daño que causen, siempre y cuando su conducta se haya realizado con discernimiento, en cuyo caso, será su representante legal quien asuma solidariamente la responsabilidad civil imputada.

Sin embargo, en el supuesto de que el incapaz haya actuado sin discernimiento, responde sólo el representante legal (artículo 1976 C.C.), pues el hecho de que una persona sin capacidad de querer y entender (discernimiento) asuma los costos de los daños que generó su conducta, sería convertirla en víctima, pues el sujeto “incapaz” es también merecedor de

protección y tutela por nuestro ordenamiento jurídico, sin que ello signifique una percepción psicológica ni moralista de la responsabilidad civil.

### **1.5.2.LA ANTIJURICIDAD O LA ILICITUD**

Una conducta será antijurídica además por quebrantar una norma imperativa, por contravenir los principios o valores sobre los que se organiza el sistema jurídico (Espinoza, 2002).

En tal sentido, la antijuricidad implica transgredir las fuentes formales del ordenamiento jurídico (ley, doctrina, costumbre y jurisprudencia); así como los principios jurídicos que constituyen el orden público y las normas de convivencia social que establecen las buenas costumbres.

Por tanto, tal como señala Taboada (2001) a efectos de que se origine la obligación legal de indemnizar será necesario que exista una conducta ilícita o antijurídica que conlleve a un supuesto de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Asimismo, en la doctrina se advierte que existen dos clases de antijuricidad según el tipo de responsabilidad civil que se desarrolle. De esta manera si estamos frente a una responsabilidad contractual la antijuricidad siempre será típica, pues la conducta ilícita basada en un incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso o moroso de las obligaciones, están previamente reguladas en las normas sobre inejecución de obligaciones (artículos 1321, 1314, 1315, 1317 del Código Civil, entre otros).

Por el contrario, en la responsabilidad aquiliana o extracontractual la antijuricidad es atípica, ya que la obligación de indemnizar surge de una

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

conducta genérica que ocasiona un daño pero que no está estipulada taxativa y específicamente en norma alguna.

Sin embargo, existen dos normas fundamentales que conllevan a responder extracontractualmente, y son los artículos 1969 y 1970 del C.C., los mismos que se limitan a regular la obligación de resarcir el daño causado a otra persona.

Siendo así, la antijuricidad atípica no sólo se impone por el hecho de no existir una obligación previa entre las partes involucradas, sino también por la necesidad de reparar los daños causados por cualquier conducta que atente contra el orden público o las buenas costumbres, aún si esta no se encuentra prohibida o sancionada de manera específica en el ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, no se puede negar que la antijuricidad constituye un elemento esencial de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que generan responsabilidad civil, sea esta contractual o extracontractual (Taboada, 2001). Pues, de lo contrario, el sujeto responsable civilmente del daño causado no estará obligado a indemnizar si su conducta se realizó con licitud, es decir, dentro de los límites que el Derecho permite.

Así, podemos mencionar supuestos de daños que son justificados o autorizados por el sistema jurídico los cuales se pueden extraer del artículo 1971 de nuestro código sustantivo y son:

### **a. Ejercicio regular de un derecho**

La expresión romana “*qui iure suo utitur, neminem laedit*”, contemplada en el Digesto, significa para el derecho actual que “si el derecho de uno incluye la posibilidad de causar un daño a otro, quien hace uso de tal derecho no causa daño en sentido jurídico” (De Trazegnies, 2001, p. 208).

En efecto, al ejercer un derecho de dañar, sea de manera directa o con el fin de cometer una conducta con un propósito diferente pero que puede generar un daño permitido a una tercera persona, aquel debe ser ejercido dentro de los límites lícitos autorizados por la ley.

Por tanto, esta causa justificante de responsabilidad regulada en el inciso 1 del artículo 1971 del C.C., implica que toda conducta debe ser ejecutada en el ejercicio regular de un derecho para que no sea considerada como antijurídica o ilícita, teniendo en cuenta que todo derecho debe ser ejercido respetando la armonía del interés social. En definitiva, si un sujeto causa un perjuicio no tendrá la obligación de indemnizar a la víctima si los daños los genera dentro del ámbito de lo permitido por el Derecho, contrario sensu, si su conducta sobrepasa la frontera de lo lícito incurre en responsabilidad civil.

**b. Legítima defensa**

El inciso 2 del artículo 1971 del C.C. prescribe que no existirá responsabilidad: “(...) 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o ajeno”.



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

De la norma en mención, se advierte que esta causa eximente de responsabilidad civil es una defensa necesaria empleada para evitar que una agresión ilegítima cause daños sobre la persona que ejerce la legítima defensa, a sus bienes propios o de un tercero.

Así, en caso de una defensa propia, esta surgirá por el mismo instinto de conservación de su integridad corporal o material (bienes), mientras que la defensa ajena se ejerce como acto de humanidad o solidaridad, a fin de salvaguardar la vida, integridad física o los bienes de un tercero frente a un ataque (De Trazegnies, 2001).

Por otro lado, cabe mencionar que los supuestos inmersos en el inciso 2 del artículo mencionado implica excluir el daño causado del campo de la responsabilidad, pero no una exoneración por ausencia de culpa, ya que el sujeto que se defiende actúa de manera intencional para ocasionar un daño a una persona; empero lo realiza en base al derecho de dañar que regula la ley a fin de evitar o impedir una agresión.

En ese sentido, la agresión sería la condición necesaria para que se pueda eximir de una responsabilidad por legítima defensa y, según la Real Academia Española, se entiende por agresión a todo acto que es contrario al derecho de otro, por lo que frente a este acto, un sujeto puede defenderse legalmente ya sea por vías de derecho (denunciar a quien se apropió ilícitamente de su patrimonio o llamar a la policía para que capture al delincuente), o por vías de hecho (golpear frente a un ataque físico o usar la fuerza contra aquella persona que afecte mi posesión),

siempre que en ese momento sea imposible para la persona agredida hacer uso de las vías de derecho que la auxilien en situaciones concretas.

Asimismo, es menester precisar que la legítima defensa ha sido regulada de manera deficiente en el Código Civil, pues no se han estipulado los requisitos que deben tenerse en cuenta para determinar si estamos o no ante un supuesto de legítima defensa.

Para ello, a fin de superar este vacío de la ley, es necesario recurrir a los supuestos de irresponsabilidad penal previstos en el artículo 20 del Código Penal, en donde se señalan los requisitos que deben cumplirse para alegar una defensa necesaria, y estos son:

#### **b.1. Agresión ilegítima**

Este tipo de agresión implica una conducta que esté dirigida a ocasionar una lesión o a poner en peligro un bien protegido legalmente, en cuyo caso el término ilegítimo se emplea para calificar a dicho ataque como contrario al orden jurídico, siendo necesario que la agresión sea actual e inminente.

De igual manera, Beltrán (2016) señala que la agresión será considerada como ilegítima siempre que no exista una provocación por parte del sujeto que se adjudica el papel de víctima.

#### **b.2. Necesidad racional del medio empleado para repelerla o evitarla**

Este requisito exige una defensa idónea y racional al momento de repeler una agresión ilegítima y de este modo usar el

medio que genere un menor perjuicio al sujeto agresor. Así también, deberá existir una proporcionalidad entre el peligro mismo y la acción para defenderse, teniendo en cuenta las particularidades de cada situación peligrosa.

De esta manera, el magistrado al momento de evaluar cada caso en concreto debe analizar el contexto en donde se desenvuelven las conductas de los particulares, con la finalidad de evitar que estos aleguen que toda conducta dañosa que causen está justificada por el contexto, entrando así al ámbito de la subjetividad (Beltrán, 2016).

### **b.3. Falta de provocación de quien padece el daño**

Si una persona (víctima de una amenaza o agresión) al momento de defenderse provoca de manera intencional la agresión no podrá alegar una legítima defensa, toda vez que ha generado una provocación suficiente haciendo predecible que el otro sujeto responda con una agresión ilegítima a fin de repeler la acción provocativa de la supuesta víctima.

Asimismo, esta provocación al ser anterior a la agresión, va depender del estado de ánimo de los sujetos involucrados y de otros factores que emanen del mismo contexto, por ende, la conducta provocativa debe ser valorada independientemente de la reacción del sujeto provocado, en tal sentido quedará a juicio del magistrado analizar si existió o no alguna provocación (Beltrán, 2016).

Consecuentemente, para constituir la legítima defensa un eximente de responsabilidad, deberá tomarse en consideración los tres requisitos antes desarrollados, y, en caso de que estos se cumplan posibilita al sujeto responsable del perjuicio justificar su conducta dañosa a fin de no obligarse a pagar una indemnización.

**c. Estado de Necesidad**

El inciso 3 del artículo 1971 del Código Civil regula al estado de necesidad como otro supuesto eximente de responsabilidad, el cual consiste en una situación jurídica en la que se encuentra un sujeto quien a fin de evitar un peligro inminente que amenaza sus bienes patrimoniales o personales, ocasiona un perjuicio menor a un tercero que no es el autor del peligro (Compagnucci De Caso, s/f).

Siendo así, nuestro sistema jurídico exonerará de responsabilidad y facultará a toda persona –que se halle en una circunstancia de necesidad– usar bienes de un tercero para salvaguardar bienes propios o ajenos frente a un peligro grave, siempre y cuando el bien que se sacrifica sea de menor valor que el bien salvado y no exista otro medio para evitar el peligro.

En la doctrina se suele incluir a la legítima defensa como una especie del estado de necesidad, pues en ambas situaciones jurídicas un sujeto reacciona para salvarse a sí mismo o a un tercero de un mal mayor; empero estas dos situaciones de defensa comportan ciertas diferencias, por un lado, la legítima defensa tiene como origen la agresión humana y

se ataca al agresor injusto; en cambio, el estado de necesidad es una reacción defensiva y se perjudica a un tercero inocente.

En ese sentido, tal como señala Benítez (2005) en la legítima defensa el peligro deviene de un sujeto capaz y consciente de su obrar dañoso; por su parte, el estado de necesidad abarca todos los supuestos en que pueda surgir el peligro sea de fenómenos naturales, personas incapaces o cosas materiales.

Entonces, para la configuración de esta eximente de responsabilidad y, por tanto, una persona no esté obligada a reparar el daño que ocasionó, se requiere que: a) el peligro sea actual e inminente; b) el estado de necesidad no haya sido originado por el sujeto amenazado; c) no exista otro medio o vía para evitar el peligro; y d) el perjuicio ocasionado debe ser menor al evitado.

### **1.5.3. EL DAÑO**

Debemos empezar diciendo que para el Derecho no todo daño es consecuencia necesaria de una demanda de responsabilidad civil. Pues, para Torres (2012) “el daño es la lesión a un derecho subjetivo o a un interés de la víctima del incumplimiento del deber” (p. 1316). El autor entiende que sin daño no habrá lugar a una responsabilidad civil.

Daño –que debe ser cierto– es el menoscabo que sufre la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de una persona, dado que se le produce un perjuicio al lesionarse un interés, bien sea jurídico o simple, acarreando como resultado consecuencias negativas que provienen de dicha

lesión (Sanabria, 2015). Es decir, para que el daño sea indemnizable jurídicamente, este no tiene que tolerarse por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, para Beltrán (2016):

El daño se va a concebir como el menoscabo a un interés (diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado), por ende, la víctima no necesariamente va a ser “el sujeto” que es afectado de forma concreta sino también aquel cuyo interés se ve perjudicado (p. 74).

V.gr., Juan es chofer de una empresa de transportes, percibe un buen sueldo, con el cual cubre sus necesidades personales y la de sus hijos, quienes dependen de él –de manera económica– al ser aún menores de edad. Al ser atropellado, llega a perder ambas piernas. En este caso, Juan no sería la única víctima, sino también, sus hijos, los mismos que no podrán cubrir sus necesidades ni mucho menos seguir estudiando, dado que el único ingreso que tenían para saldar todos sus gastos era el sueldo de su progenitor.

Espinoza (2002) considera que sería impreciso y equívoco comprender al daño únicamente como aquella lesión de un interés protegido, dado que también influye de manera significativa en las consecuencias negativas que emanan de la lesión de aquel interés protegido. Además, el autor entiende a perjuicio y daño como sinónimos.

En la responsabilidad contractual, el daño debe entenderse como la consecuencia del no cumplimiento de una obligación que fue pactada de manera previa entre los sujetos intervinientes; mientras que en la responsabilidad aquiliana, el perjuicio será el resultado del incumplimiento del deber genérico jurídico de no causar daño a otro (Taboada, 2001).

En consecuencia, todo daño –determinado o indeterminado– debe ser cierto (acreditado en su existencia, contenido y cuantificación), traer como consecuencia una afectación personal (interés específico), subsistente (no haber sido reparado con anterioridad), que sea injusto (no estar justificado por el ordenamiento jurídico), para ser susceptible de una indemnización (Beltrán, 2016).

Por otro lado, a continuación, desarrollaremos los dos tipos de daños: patrimonial y extrapatrimonial.

**a. Daño patrimonial**

Se entiende como el menoscabo que sufre una persona, susceptible de una valuación económica, es decir, es la reparación de la lesión de derechos de naturaleza pecuniaria.

Si bien el daño patrimonial recae de manera directa sobre el patrimonio de un sujeto, ese daño requiere de ciertos requisitos, como: ser cierto, vale decir, excluyéndose la eventualidad de que sea hipotético; ello no significa que no pueda ser futuro, puesto que este último también puede ser dañoso.

Asimismo, el perjuicio ocasionado por el daño patrimonial debe subsistir, es decir, que no se haya reparado con anterioridad. Además, que el daño se haya ocasionado directamente al sujeto que es objeto de resarcimiento.

Dentro del daño patrimonial encontramos al daño emergente y lucro cesante.

### **a.1. Daño emergente**

“Es aquella pérdida que sobreviene en el patrimonio del dañado por el no cumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilegítimo” (Espinoza, 2002, p. 301). Ello quiere decir, el incumplimiento de una prestación es un indudable supuesto de este tipo de daño. En ese mismo sentido, el daño emergente es definido por Taboada (2001), Torres (2012).

Podemos entender por daño emergente a la reducción o disminución en el patrimonio ya existente.

### **a.2. Lucro cesante**

Debe ser entendido como el no incremento patrimonial del sujeto afectado como resultado directo del daño, esto es, la ausencia de ingreso o provecho (Sanabria, 2015). En otras palabras, son aquellas ganancias que deja de percibir, producto del daño causado. En ese mismo sentido lo definen Torres (2012), Taboada (2001), Beltrán (2016).

Además, por lucro cesante se entiende a la pérdida de dinero, ganancia o enriquecimiento de naturaleza patrimonial que ya había sido prevista.

Espinoza (2002) agrega que “el daño por lucro cesante debe fundamentarse en un juicio riguroso de probabilidad, excluyéndose aquellas pérdidas de ganancia que sean hipotéticas” (p. 305).



Por ejemplo, si un sujeto pierde su taxi, el cual usaba para realizar servicios de taxi (instrumento de trabajo), el daño emergente se configurará por el precio de la reposición del automóvil dañado; por su parte, el lucro cesante estará conformado por el dinero que el sujeto dejará de percibir con su vehículo como producto de su trabajo (Taboada, 2015).

**b. Daño extrapatrimonial**

Fernández Sessarego (1986) refiere que este tipo de daño se configura cuando “se lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor inmaterial, espiritual y psicológico” (p. 67). En nuestro Código Civil actual, el daño subjetivo está comprendido por el daño a la persona y el daño moral.

Por un lado, encontramos varias orientaciones en la doctrina respecto a que existe una sola categoría en este tipo de daño extrapatrimonial, a su vez otros juristas describen dos categorías: el daño moral y el daño a la persona.

Consideramos que se tratan de daños independientes, pues siguiendo al profesor Taboada (2001) “una cosa son los sentimientos, y otra la persona y su proyecto de vida” (p. 62).

**b.1. Daño a la persona**

Es aquel daño biológico, a la salud física y /o mental, y el daño al proyecto de vida (Sanabria, 2015), debiendo ser acreditados; pero, cuando se alega la frustración del proyecto de vida, este debe

estar evidenciado, en proceso de desarrollo y ejecución, el mismo que se ve frustrado de un momento a otro (Taboada 2001).

Por su parte, Fernández (1985) manifiesta que “el daño a la persona (...) significa el agravio o la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal” (p. 214). Definición que también Espinoza (2002) comparte.

Para el profesor León (2004): “es el atentado contra una lesión a la personalidad o la integridad de un derecho individual, que subsigue de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil” (p. 190).

Por ejemplo, cuando una persona es insultada de manera pública, esta queda legitimada a ser resarcida por lesión a su reputación (como parte de su personalidad); o cuando un sujeto es lesionado producto de un objeto que cayó desde las ventanas del tercer piso de una vivienda por donde caminaba, la víctima tiene derecho a ser resarcida por los gastos médicos que se generarán (afectación a la integridad física). Podemos advertir que, en cualquiera de los dos casos, el daño es producto de un hecho antijurídico causante de responsabilidad civil.

## **b.2. Daño moral**

Sanabria (2015) refiere que es el sufrimiento, dolor y pena ocasionada a los sentimientos de la víctima producto del daño causado. Si bien Espinoza (2013) comparte esta definición, agrega

que, dentro de la categoría de daño moral, podemos diferenciar “el *daño moral subjetivo*, en donde es el propio sujeto que de manera directa sufre el daño moral, y el *daño moral afectivo*, comprendiéndolo como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, bienes o animales” (p. 302).

Por ejemplo, la pérdida de la conyugue, o el de un animal que tiene un vínculo especial con un adulto mayor por ser su único compañero de vida, respectivamente.

También se puede definir al daño moral como el perjuicio no patrimonial deducido en los derechos de la personalidad o en los valores que atañen más al ámbito emocional que al de la realidad económica (Chang, 2015). Pues, la pena, el dolor y el sufrimiento – físico o psíquico– soportado por una persona, son elementos que permitirán identificar el daño moral.

No obstante, lo referido, este tema será desarrollado ampliamente en el Capítulo II.

#### **1.5.4. EL NEXO CAUSAL O LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

Es toda acción ilícita que no será punible si no existe una relación causal entre el hecho imputable y la consecuencia dañosa (Mosset, 2004). Ello significa que entre la conducta del sujeto y el daño ocasionado debe existir una relación de causa – consecuencia. Por tanto “para determinar el grado responsabilidad del obligado, es necesario que se pruebe el nexo causal entre el daño y el hecho que lo generó” (Torres, 2012, p.1316).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

De no darse esta relación jurídica de causa – consecuencia entre la conducta antijurídica y el daño producido a la víctima, no se podría configurar ningún tipo de responsabilidad (Taboada, 2001). En otras palabras, para constituirse este presupuesto, debe existir una relación de causalidad entre el hecho determinante (conducta) y el daño ocasionado. Es decir, el nexo causal vincula directamente al daño con el hecho de la persona o de la cosa.

Dicha relación de causalidad se configura en el ámbito de la responsabilidad aquiliana como en la responsabilidad contractual. En la primera, el nexo causal tiene que ver con el criterio de *causa adecuada* entre el hecho y el daño ocasionado; mientras que, en el ámbito contractual, el mismo debe entenderse desde la óptica de la *causa directa e inmediata*. (Taboada, 2015).

Es decir, en el ámbito extracontractual, este presupuesto nos va a permitir determinar cuál es el hecho – entre los tantos – que causó el o los daños y cuáles deben ser indemnizados; mientras que, en la esfera contractual, el daño se causa de manera directa e inmediata al acreedor por incumplimiento de una prestación del deudor. Ambas situaciones las encontramos regulados en nuestro actual Código Civil peruano, en sus artículos 1985 y 1321 respectivamente.

Entonces, para que a una persona se le exonere de la responsabilidad imputada debe probar que entre su conducta y el resultado lesivo no ha mediado una relación de causalidad, es decir, tiene que demostrar que el quebrantamiento de esta última es producto de una extraña causa inimputable a su persona, o que el daño existía desde antes de su comportamiento.

Espinoza (2002) manifiesta que el objeto de este presupuesto tiene doble relevancia:

La primera, respecto al evento lesivo, en donde se realiza la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de responsabilidad (*causalidad de hecho o fáctica*); la segunda, respecto al daño resarcible, en el cual se determinan cuáles son los resultados dañosos que deberá reparar el responsable (*causalidad jurídica*) (p. 241).

Debe entenderse que el autor hace una diferencia entre una causalidad fáctica y una jurídica; lo que significa determinar quién es el responsable del hecho ilícito y hasta dónde respondería jurídicamente por los daños causados.

Por su parte, Lambet-Faivre (como se citó en López, 2013) menciona cuáles son los caracteres de la relación causal, dentro de las principales se tiene que debe ser cierta, y directa; pues, de no presentarse estas, incluso en el caso que el vínculo causal esté sujeto a dubitaciones, se concluiría que la causa del evento dañoso fue determinada de manera errónea y falsa. Asimismo, debe estar probado –para que se asuma, por cierto– y no estar interrumpido o fracturado, de lo contrario, la responsabilidad imputada al agente (demandado) quedaría exonerada.

Por otra parte, es necesario precisar ciertos conceptos que comprende este presupuesto (relación de causalidad):

- a. La causa:** Será aquella causa eficiente en virtud de la cual existe el resultado (efecto).

- b. La condición:** Es todo antecedente necesario, sin el cual el resultado no podría haberse originado. Si bien, este elemento no produce el efecto por sí mismo, pero de una u otra manera permite o elimina un obstáculo.
- c. La ocasión:** Este elemento beneficia la operatividad o la acción de una causa.
- d. Las fracturas causales:** Es aquella que se configura cuando en un supuesto determinado se presentan dos causas o conductas en conflicto respecto a la producción de un daño, efecto que será el resultado de una sola causa (Taboada, 2001). En ese sentido, a aquella conducta que no llegó a producir el daño se la llama causa inicial, y a la que sí logró ocasionar el daño se la conoce como causa ajena.

Por tanto, el quiebre de la relación causal determinará la ruptura del nexo que inicialmente existía entre el hecho concluyente del daño y el daño producido, lo que no significa que no haya una relación causal, sino que esta ha sido alterada (Beltrán, s/f), es decir, el hecho determinante del perjuicio ocasionado es otro, ya sea consecuencia de un caso fortuito, fuerza mayor, la intervención de un tercero o la acción de la propia víctima. Esta situación lo encontramos regulado en el artículo 1972 del Código Civil.

Respecto al caso fortuito (la causa ajena se configurará con algún fenómeno de la naturaleza) o fuerza mayor (la causa ajena se establecerá con un acto de la autoridad), estos son acontecimientos que no se hubieran podido prever. En los otros supuestos, las causas ajenas

vienen a ser las conductas mismas, tanto del tercero interviniente como de la víctima.

De lo expuesto, López (2013) afirma que cuando no se puede trazar una línea recta sin interrupciones, firme y clara entre la conducta del agente dañoso y los efectos ocasionados, no cabe manifestar que existe una relación de causalidad adecuada, ni mucho menos un supuesto daño indemnizable.

Ello significa que si la relación de causalidad entre la causa – efecto fue interrumpido por una causa extraña o ajena al sujeto demandado, éste podrá ser liberado de toda responsabilidad civil atribuida si llega acreditarse que el daño ocasionado fue producto de una conducta ajena a la suya.

**e. La concausa:** A diferencia de la fractura causal, en los casos de la concausa, se puede verificar que no se configura una ruptura del nexo causal, sino una alteración parcial, en donde los efectos de la reparación del daño serán compartidos entre el sujeto responsable y la víctima (Beltrán, s/f). Es decir, en este caso el perjuicio ocasionado es el resultado de la acción del autor, pero con la colaboración objetiva de la propia víctima.

Dicha situación, está regulada en el artículo 1973 del C.C., que prescribe: “Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las

circunstancias”. En este caso, la víctima contribuye a la producción del daño, ya sea con o sin su voluntad.

En ese sentido, la concausa no libera de la responsabilidad civil al autor, sino solamente disminuye la indemnización que se le imputa, y que por ende tiene a su cargo, considerando el grado de participación de la propia víctima, lo cual será establecido por el juez de acuerdo a las particularidades de cada caso (Taboada, 2001).

**f. La pluralidad de causas:** Para el profesor Zannoni (como se citó en López, 2013) existirá pluralidad de agentes causales –mínimo dos– cuando la co-causación derive de la participación concurrentemente relevante de dos o más sujetos que con su conducta contribuyen a la producción del evento dañoso.

En ese mismo sentido, la pluralidad de causas se da cuando varias personas, mediante conductas particulares o una conducta común, ocasionan el mismo daño (Taboada, 2015); es decir, cuando no se puede establecer quién es el causante del daño entre los intervinientes, todos serán responsables de manera solidaria, por regla general (Ortiz, 2013).

En otras palabras, si nos encontráramos en el caso de la producción de distintos daños, ocasionados por distintos sujetos, no podríamos hablar de una pluralidad de autores.

Esta situación, lo encontramos previsto en el artículo 1983 del Código Civil peruano: “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente (...)”. De lo que se colige que, los coautores serán



responsables solidariamente en relación a la víctima, siempre y cuando se trate de un mismo daño causado por los agentes.

Por otro lado, es cierto que en la doctrina se han desarrollado diversas teorías sobre la relación causal, y a continuación haremos un breve estudio de las principales.

#### **a. Teorías causales**

##### **a.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones**

Conocida también como la teoría de la condición *sine qua non*, para Morera (2010) “un hecho es causa de otro cuando si hubiera faltado el antecedente no se hubiera producido el resultado” (p. 95).

Se puede decir que esta teoría se caracteriza al tener que realizarse un análisis de toda la cadena causal para poder determinar la causa que ocasionó el evento dañoso, y no solamente una parte de esta (Beltrán, s/f).

Entonces, para establecer qué evento produjo el daño, es necesario preguntarnos, ¿de no haber sucedido determinado hecho, no se hubiera ocasionado el resultado? Ambos autores coinciden al afirmar que si la respuesta es afirmativa se concluirá que ese hecho es relevante; en consecuencia, es una causa necesaria para la realización del daño, sin la cual no se hubiera producido.

Para reforzar esta teoría, Maximilian Von Buri (como se citó en Espinoza, 2002) manifiesta que “es causa toda condición, positiva o negativa, a falta de la cual el evento no se habría realizado” (p.250). Es decir, para las ciencias de la naturaleza, será aceptable esta teoría, empero de ningún modo para investigar un responsable desde la perspectiva del Derecho.

### **a.2. Teoría de la causa próxima**

Según esta teoría la causa es aquella que de manera temporal se halle más cercana al resultado, por haberse incorporado última a las demás (Visintini, como se citó en Mosset, 2004), por tanto, el agente tendrá a su cargo indemnizar las consecuencias inmediatas que se manifiesten en el momento del evento perjudicial.

En palabras de Bustamante, se denominará causa a aquella que –entre las distintas condiciones necesarias– esté más próxima al acontecimiento dañino, ya que las otras son solamente *condiciones* (como se citó en Espinoza, 2013).

Según los autores citados, es causa aquella que sea consecuencia directa e inmediata del resultado perjudicial, dado que sería complicado establecer las causas de las causas, y más aún retornar al origen de la causa.

Esta teoría lo tenemos previsto en nuestro Código Civil, exactamente en el artículo 1321, segundo párrafo, en cuanto refiere

que “(...) el resarcimiento por la inejecución de obligación (...) sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”.

### **a.3. Teoría de la causa adecuada**

Fue desarrollada primigeniamente por el filósofo Von Kries en el año 1888 y tomada por el Sistema de la Responsabilidad Civil Extracontractual en nuestro actual Código Civil, en su artículo 1985, regulando que debe “(...) existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)”.

Mosset (2004) parte de la diferencia entre causa y simples condiciones:

No se llama causa a cualquier condición del evento, sino solo aquella que es la idónea para determinarlo; del cual se toman en cuenta las consecuencias y los efectos del actuar del agente, los mismos que se contrastan de acuerdo al curso normal de la vida (p. 360).

Esta teoría establece el criterio de razonabilidad y probabilidad para la elaboración del análisis de las condiciones, por lo que se requiere apreciar los hechos conforme ocurren en la vida misma; en otras palabras, para realizar el análisis de la acción – condición – se debe tener en cuenta que esta debe ser idónea para ocasionar el efecto en contextos generales (Beltrán, s/f).

Es decir, cuando estamos frente al acontecimiento de un daño, ello implica saber cuál vendría a ser la causa que conduce al

daño en cuestión, ya que, visto desde la responsabilidad civil, es necesario que la causa sea idónea.

En relación a lo mencionado, De Trazegnies (1988), se pregunta:

¿qué es lo idóneo? y ¿qué es lo adecuado en materia de causa?, pues, para el autor la respuesta sería “lo normal”. Motivo por el cual, refiere que la teoría tal vez debió ser denominada como la de la causa normal de un hecho (p. 289).

Similarmente, Aponte (2014) afirma que esta teoría pretende establecer cuál es la causa originaria del resultado dañoso, en razón a los criterios de la razonabilidad y la probabilidad, teniendo en cuenta el curso normal y habitual de las cosas; pues la causalidad tiene como parámetro de evaluación: el sentido común, la observancia de las reglas de la experiencia y, la lógica de lo razonable.

En ese sentido, la siguiente interrogante a plantearse sería, si: “¿La omisión o la acción del supuesto responsable, era capaz por sí misma de causar normalmente el daño? En caso la respuesta sea afirmativa, (...) se declara que la omisión o acción era idónea para provocar el daño” (Orgaz, como se citó en De Trazegnies, 1988, p. 289).

Cabe precisar que una acción o conducta será entendida como causa adecuada de un determinado daño, siempre que ocurran: i) el factor in concreto (subjetivo) y, ii) el factor in abstracto (objetivo).

El primero refiere a que “en los hechos, la acción del autor debe haber ocasionado el daño, donde este debe ser el resultado fáctico o material de la acción antijurídica del sujeto” (Taboada, 2001, p. 76).

En el segundo, “el actuar antijurídico según la experiencia habitual y ordinaria de los acontecimientos, debe ser adecuado y capaz para causar el daño” (Taboada, 2001, p. 77).

En consecuencia, no se entiende por causa a cada condición del evento, sino solamente a aquella condición considerada idónea y eficaz para establecerlo.

Como refiere Espinoza (2002) se necesita formular un juicio de probabilidad para establecer la causa de un daño, pues se debe considerar si la omisión o acción del supuesto responsable (autor) era adecuada para ocasionar un resultado, siendo que aquel juicio de probabilidad no podría realizarse sino fuera en función de un sujeto de mentalidad normal, ya que hubiera podido prevenir el resultado de su acto.

#### **a.4. Causalidad probabilística o presunción de causalidad**

Existen ciertas situaciones en donde se presumirá el nexo causal, pues la víctima no podrá probar la relación de causalidad entre la causa – consecuencia, en este caso, se va a individualizar al posible sujeto dañino para atribuirle la carga de la prueba.

Como bien refiere Jourdain (como se citó en Espinoza, 2013) “no se trata de simples presunciones de hecho, sino de verdaderas presunciones de derecho, legales o jurisprudenciales” (p. 259).

### **1.5.5.EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN**

Luego de haber desarrollado los cuatro primeros elementos constitutivos de la responsabilidad civil (imputabilidad, antijuricidad, daño y nexo causal) es necesario tratar finalmente el factor de atribución como fundamento base para que se origine la obligación legal de indemnizar a la persona afectada por una conducta antijurídica.

Por tanto, este elemento permitirá atribuir la responsabilidad civil a un determinado sujeto producto del daño que causó y, en consecuencia, obligarlo a cumplir con su deber legal de reparar a la víctima.

Ahora bien, el desarrollo del factor de atribución va a depender del tipo de responsabilidad que se atribuya al sujeto responsable, sea contractual o extracontractual.

Respecto a la contractual, el factor de atribución es la culpa –en sus diversos grados– y el dolo; mientras que, en la extracontractual, según nuestro actual Código Civil, son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado (Taboada, 2001).

#### **a. Factores de atribución subjetivos: culpa y dolo**

##### **a.1. La culpa**

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

En el Código Civil peruano este criterio de imputación lo encontramos regulado dentro del título “Inejecución de obligaciones”, como uno de los factores atribuibles al comportamiento del deudor y, por ende, susceptible de ser responsable por la falta de cumplimiento de una obligación que fue pactada previamente.

Empero, la culpa es un criterio amplio y no necesariamente es propio de supuestos donde fracasan las relaciones contractuales válidamente celebrados, sino también de supuestos donde haya de por medio una conducta dañosa que provenga de relaciones no contractuales.

Al respecto, en la doctrina se ha discutido si la concepción de la culpa es única o dual. Frente a ello, el autor Llambías (2012) con la finalidad de solucionar esta problemática opta por una vía intermedia entre ambas posturas y refiere que:

(...) hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa. Así, la noción de culpa es unívoca porque en sí misma consiste en una conducta reprochable pero exenta de malicia. Y este reproche se produce por no adoptarse las precauciones que exigía el caso, generando esos descuidos y omisiones el daño ajeno, sea la víctima un acreedor por el incumplimiento de la deuda o que el daño sea causado a un extraño. Pero, frente a esas conductas falta la mala intención del agente, pues el deudor hubiese querido cumplir con la prestación debida y el responsable del hecho ilícito habría querido eludir el daño al perjudicado. He ahí las dos nociones esenciales de la culpa (p. 147).

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico la culpa tiene un tratamiento distinto, según esta provenga del no cumplimiento de una obligación o el cumplimiento parcial, deficiente o tardío (responsabilidad contractual); así como de la transgresión al deber genérico de no causar daño a nadie (responsabilidad extracontractual).

En tal sentido, es pertinente concebir a la culpa en su acepción amplia como toda vulneración legal y toda lesión a un derecho ajeno (comprendiendo el dolo); así como, aquel comportamiento ilícito producto de la imprudencia, impericia o negligencia que ocasiona un daño (Ojeda, 2009).

Por consiguiente, Espinoza (2002), definiendo a la culpa como un factor de atribución subjetivo, señala que existen diversas categorías de culpa: i) objetiva (*in abstracto*): que surge por la violación a las leyes; ii) subjetiva (*in concreto*): se fundamenta en las cualidades personales del autor del daño, y abarca la imprudencia y negligencia; iii) omisiva: la que se atribuye a una persona por no cumplir con el deber de asistencia frente a otros.

Agrega que, respecto a la responsabilidad contractual, se suele distinguir grados de culpa, como: iv) grave o inexcusable: cuando no se usa la diligencia debida que es propia en la mayoría de personas (artículo 1319 C.C.); v) leve: implica el no uso de la diligencia en personas de capacidad media (artículo 1320 C.C.); vi) levísima: cuando las personas excepcionalmente sensatas y



prudentes no usan la diligencia; vii) profesional: se refiere a la actuación de un profesional al momento de prestar sus servicios para resolver casos técnicos, profesionales o de cierta dificultad.

De lo anterior, es necesario recalcar que los grados de culpa se aplican al momento de determinar la responsabilidad contractual, puesto que –en la legislación peruana– no es indispensable que se clasifique el grado de culpa en la responsabilidad aquiliana, basta que la conducta del agente sea culposa para que surja la obligación de resarcir a la víctima. Así se ha estipulado en el artículo 1969 del C.C.: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...)” (el subrayado es nuestro).

Por otro lado, respecto a la culpa aquiliana, el Código Civil peruano ha estimado pertinente establecer presunciones de culpa invirtiendo la carga de la prueba, conforme lo prescrito en la parte *infine* del artículo 1969: “(...) el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, de este modo la víctima no tendrá la obligación de probar la culpa del autor del daño, sino que a este último le corresponderá demostrar su ausencia de culpa para poder liberarse de la responsabilidad extracontractual (Taboada, 2001).

Ello, a fin de evitar una doble carga a la víctima que ha padecido un suceso traumático, quien además de probar el daño generado, tendría que demostrar la culpa del autor del daño; lo que resulta bastante difícil, pero ahora es responsabilidad del causante del perjuicio demostrar que está exento de culpa.

Se advierte que esta inversión de la carga de la prueba se da en supuestos de presunciones legales *iuris tantum*, es decir, en casos donde la ley supone ciertos hechos y quien los niega debe probarlos. En cambio, si estamos frente a hechos constitutivos que nacen de un vínculo obligacional, quien alega este hecho debe probarlo y la parte demandada sólo se limita a negarlo. V.gr., en los casos donde se alega que existe un contrato, este debe ser probado y, al demandado sólo le corresponde negarlo; sin embargo, al probarse la existencia de la relación obligacional, deberá el demandado probar que la extinción del contrato se dio por algún vicio legal, ello bajo el razonamiento de “quien alega un hecho debe probarlo”.

#### **a.2. El Dolo**

El dolo se refiere a la voluntad del agente de ocasionar un daño o incumplir una obligación, prescrito en el artículo 1318 del C.C.: “Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación”.

Morera (2010) respecto al dolo señala: “una conducta será dolosa cuando la acción u omisión es realizada con conciencia y voluntad para producir un resultado antijurídico y dañoso” (p. 83).

Ahora bien, en el Derecho el término dolo tiene tres acepciones:

- El dolo como vicio de voluntad, referido a la argucia o engaño destinado a inducir a una persona a concertar la formación de un

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

acto jurídico, que sin la existencia del dolo no lo habría celebrado o lo habría realizado de manera diferente.

- El dolo en actos ilícitos, constituye la intención del sujeto de ocasionar un daño que provenga de su conducta. Tal es el caso del dolo delictual en los artículos 1969 y 1986 del Código sustantivo.
- El dolo en el incumplimiento de obligaciones, se refiere a la conducta intencional de un deudor para no ejecutar la prestación válidamente contraída, llamado también dolo obligacional.

Siendo así, el dolo se presenta cuando el deudor tiene conciencia e intención de no cumplir con la prestación debida, sea con el fin de producir o no un daño al acreedor; esto lo diferencia de la culpa, pues en esta no hay intención de incumplir, sino que el deudor no ejecuta su obligación por negligencia o impericia; en otras palabras, en el dolo hay mala fe y en la culpa no (Osterling, s/f).

Por tanto, para que un sujeto incurra en dolo basta con el conocimiento de que está actuando mal y que su conducta puede generar daños a terceros, toda vez que en las múltiples situaciones no importa el descuido o la negligencia, sino la intención deliberada de no cumplir con su obligación.

El dolo al igual que la culpa admite diversas graduaciones, la cuales surgen de la doctrina penal y que al parecer no desarrolló la doctrina civil.

En ese sentido, en materia penal, el dolor se diferencia en dos tipos:

- El directo: aquí el sujeto tiene voluntad y conocimiento para provocar el daño.
- El eventual: la conducta del sujeto no está destinada a causar un daño, sino que se consiente un resultado dañoso que se presenta como probable (Espinoza, 2002).

Si bien la graduación de los factores de atribución subjetivos (culpa y dolo) no ha sido tratado en el campo civil, cabe indicar que la medida del resarcimiento en situaciones culposas o dolosas, no depende del grado de la conducta dañosa, sino que este se mide según la cantidad del daño que resulte relevante jurídicamente; en otras palabras, “si el daño se debió a dolo o culpa, ello no influye en la obligación resarcitoria” (Scognamiglio, como se citó en Espinoza, 2002, p. 203).

**b. Factor de atribución objetivo: El riesgo creado**

El sistema objetivo de la responsabilidad civil extracontractual se fundamenta en el riesgo creado, fundamentado en la realización del daño mediante actividades riesgosas o peligrosas, en el que el agente del daño no siempre es culpable, sino que es responsable por el riesgo (extra) que generó al realizar cierta actividad o emplear determinado bien.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

También está prescrito en el artículo 1970 del C.C.: “Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

En tal sentido, el factor culpa, se ausenta de tal modo que no será necesario acreditarlo para que se configure la responsabilidad aquiliana, ya que bastará con demostrar el daño causado, el nexo causal y que se trate de un bien o actividad como riesgosa (Taboada, 2001).

Siendo así, haya sido el sujeto del daño culpable o no, será indistintamente responsable por los daños que causó a través de una actividad riesgosa o peligrosa; toda vez que el factor de atribución es el riesgo creado y no la culpa del autor del daño.

Por consiguiente, cabe mencionar que la noción de riesgo creado se elaboró a consecuencia del avance de la tecnología y de la industria, pues hoy en día vivimos en una sociedad inmersa en tecnología moderna y de productos que involucran riesgos tanto para la salud como para la seguridad de las personas.

Ante dicha situación, la doctrina y los legisladores consideraron que el sistema subjetivo basado en la culpa no es suficiente para englobar nuevos daños que se causan últimamente, por ello se reguló en nuestro código sustantivo el artículo 1970 antes comentado.

En ese sentido, si bien la actual sociedad tolera el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas y el empleo de bienes, es porque generarán ciertos beneficios que pueden ser superiores a los perjuicios

que se pueden causar; entonces desde esta óptica, todo aquel que resulte beneficiado está en la obligación de reparar el daño por el riesgo o peligro generado.

Al respecto, Beltrán (2016) refiere que el riesgo constituye un costo que la sociedad asume a fin de obtener algún resultado favorable para la misma, siendo racional adoptar bienes imprescindibles para su desarrollo social y económico.

Finalmente, Espinoza (2002) señala tres supuestos que constituyen el fundamento de la responsabilidad objetiva:

- Situaciones de riesgo: el sujeto que genera el riesgo responderá por el daño causado, indistintamente de su conducta o que haya obtenido un provecho (ejemplo: artículo 1970 del C.C.).
- Situaciones de ventaja: en el caso del sujeto que realiza una situación de riesgo generándole un resultado favorable, deberá responsabilizarse por los daños que cause dicha situación (ejemplos: artículo 1981, 1325, 1979 y 1980 del C.C.).
- Situaciones legales individualizadas por el ordenamiento jurídico: en el supuesto de ser representante legal (artículo 1975 y 1976 del C.C.).

## CAPÍTULO II

## **CAPÍTULO II: ASPECTOS GENERALES DEL DAÑO MORAL Y LA FILIACIÓN**

### **2.1. RESPECTO AL DAÑO MORAL**

#### **2.1.1. ORIGEN DEL DAÑO MORAL**

En la fase primitiva no podemos referirnos propiamente a una responsabilidad civil, dado que los daños ocasionados a los particulares se sancionaban mas no se reparaban. Siendo así, antes de definir el daño moral, que ha ido evolucionando hasta nuestros días, es importante remontarnos a su origen brevemente.

El daño moral tiene sus orígenes en el derecho romano, el cual además de tener por objeto salvaguardar bienes de carácter económico de las personas libres, también protegía intereses procedentes de daños a su integridad física y moral.

Así surge el término *injuria* – de manera primigenia la hallamos en la Ley de las Doce Tablas (Tabla VIII específicamente) – que alcanzaba a todo tipo de comportamientos injustos (v.g. lesiones a la fama de una persona, al honor cuando un hombre se mete con mujer de otro varón, o los golpes cometidos contra otra persona), como las lesiones morales o físicas cometidos contra persona libre. En cualquiera de los casos, se reparaba de manera económica los daños ocasionados en el patrimonio, sin valorarse los sentimientos o sufrimientos (aspectos subjetivos) de la persona afectada.

Recién con la regulación de la Ley Aquilia, se ahondó respecto a la manera de valorar y reparar los distintos daños que derivaban de causas



extracontractuales; pues no solo se ocupaba de la reparación estimando los daños pecuniarios que resultaban de la conducta, sino que se le sumaba cierta cantidad para lograrse una satisfacción por el daño moral sufrido.

Es decir, con la Ley Aquilia, se comienza a entender al daño moral como una reparación a los daños afectados de carácter pecuniario (bienes) y para compensar el daño moral sufrido.

### **2.1.2. EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

El daño moral, primigeniamente, no fue desarrollado de manera expresa y taxativa en nuestro código civil, pues siguiendo el Código Napoleónico, el derecho civil se orientó por la reparación de daños patrimoniales más no extrapatrimoniales.

Sin embargo, de manera incipiente, el daño extrapatrimonial y sólo para los casos de injuria se estableció en el artículo 2202 del Código Civil de 1852, otorgando a la víctima la posibilidad de solicitar una indemnización.

Posteriormente, en el artículo 1148 del Código Civil de 1936, se dio un reconocimiento poco firme del daño moral extracontractual, estableciendo dicho dispositivo que el juez “puede” tomar en cuenta el daño moral irrogado a la víctima, es decir, se consideró como una potestad del juez pronunciarse o no sobre el daño moral.

Por ello, en la jurisprudencia los jueces se pronunciaban por el daño moral pero generalmente ligado con la indemnización fijada por el daño material. Y, respecto al daño moral en la responsabilidad contractual, no hubo regulación alguna.

Actualmente, el Código Civil de 1984 regula el daño moral tanto para el ámbito de obligaciones como en la responsabilidad extracontractual. Dentro del ámbito contractual se encuentra señalado en el Título IX - Inejecución de Obligaciones, del Libro VI- Obligaciones, concretamente en el artículo 1322: “el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

En el contexto extracontractual, está regulado en los artículos 1984 y 1985, los cuales refieren –respectivamente– que, será indemnizado tomando en cuenta la magnitud y el menoscabo ocasionado a la víctima o su familia; y, para su indemnización debe coexistir una relación de causalidad entre el hecho y el daño causado.

De lo expuesto, advertimos que el daño moral no ha tenido un desarrollo legislativo importante, menos aún en lo que respecta a su cuantificación; generando, a nivel jurisprudencial, la emisión de fallos apartados de la uniformidad y de la predictibilidad.

### **2.1.3. DEFINICIÓN DEL DAÑO MORAL**

Para configurarse la responsabilidad civil, el elemento fundamental es el daño, puesto que sin la presencia de un daño efectivo no existirá responsabilidad. Además, Oliveira (1998) sostiene que, al estudio de la responsabilidad civil le interesa el daño que constituye la exigencia de la obligación a indemnizar (léase resarcir).

Puede definirse como aquel daño que no tiene contenido patrimonial, pues, por su propia naturaleza lo hace no valorizable en dinero (Taboada,

2001). Ello, a razón de que el daño moral aqueja al mundo inmaterial de los sentimientos y pensamientos; es decir, aquel que no se trata de una pérdida pecuniaria, sino que se atenta contra un derecho extrapatrimonial (los hermanos Mazeaud, como se citó en Manzanares, 2008). En ese mismo sentido, también lo define Llambías (2012).

Díez-Picazo (como se citó en Velásquez, 2015) sostiene que el daño moral, entendido como un daño extrapatrimonial, se reduce a la perturbación o sufrimiento de carácter psicológico que se produce en la esfera de un sujeto.

Pero, para referirnos al daño moral no es suficiente que se lesione cualquier sentimiento, sino que este sea aceptado por la conciencia social como legítimo y digno. Es decir, en palabras de Taboada (2001) el “sentimiento lesionado debe ser considerado digno de tutela jurídica por la opinión común preponderante en una determinada sociedad y momento histórico establecido” (p. 58).

En ese sentido, el daño moral se da con la violación o lesión de los derechos o bienes de la persona, los cuales se reparan independientemente de que algún ataque a esos derechos y bienes vayan a repercutir en el patrimonio.

Por su parte, De Angel (1993) sustenta que el daño moral, también denominado como derecho de la personalidad, se refiere cuando causa afectación a los sentimientos, a la dignidad, a las creencias, la salud física o psíquica.

Süssekind, Maranhão, Vianna y Lima argumentan que “es el sufrimiento humano ocasionado por un acto antijurídico realizado por un

tercero que perjudica los valores íntimos o los bienes inmateriales de la persona, los cuales constituye el pilar sobre el que está moldeada su personalidad” (p. 632).

El profesor León (2004) refiere que es el detrimento ocasionado al estado de ánimo de una persona debido a la comisión de un hecho antijurídico, cometido por otro sujeto, generador de responsabilidad civil. Agrega, en palabras de Scognamiglio: “daño moral es aquel que se concreta en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, en consecuencia, en el sufrimiento moral, en el dolor que la misma tiene soportar por cierto evento dañoso” (p. 190).

Por ejemplo, si una empleada –realizando sus labores de hogar– destruye una foto de gran valor sentimental para su jefe, genera en este último una reacción nada positiva, es decir, una afectación a su estado de ánimo, conocido como daño moral. En este caso, independientemente de las consecuencias pecuniarias, el juez también debería cuantificar dicho daño.

Como bien coinciden la mayoría de los autores citados, el daño moral –en principio– no es apreciable en dinero, puesto que no se puede examinar de manera externa los sentimientos de una persona, además que es difícil acreditar este tipo de daño; por tanto, es complejo asignarle un precio al dolor.

A pesar que no es fácil establecer pecuniariamente el precio de un afecto, dolor o un sufrimiento (*quantum* de la reparación), León (1992) sostiene que “es un poco villano el hacer descender estos atributos espirituales al tráfico del resarcimiento en dinero. (...) Pero, es más injusto y grave dejar

impune un mal o daño provocado en la esfera de los *sentimientos del ser humano* (sagrado)” (p.420).

Por tanto, el daño moral ocasionado a una persona derivado de una relación de causalidad entre la causa y la consecuencia dañosa debe ser resarcido, pero ello no implica que la compensación que se le otorgue cumple una función de condena (Velásquez, 2015), ya que el dinero no deja incólume a la víctima, a lo máximo sirve como una reparación o satisfacción por el daño ocasionado que, por lo menos, logre compensar el sufrimiento producido.

El resarcimiento por daño moral –primordialmente– va dirigido a proporcionar una satisfacción como reparación al sufrimiento que se ha ocasionado a un sujeto, en la medida de lo humanamente posible (Tribunal Supremo Español, mediante una sentencia del 25 de junio de 1994, como se citó en De Angel, 1993).

Entonces, que el daño moral no sea fácil de probar ni cuantificar, (Taboada, 2001) ello no es razón suficiente para que se elimine como categoría de daño jurídicamente indemnizable (léase resarcible).

En esta parte, cabe resaltar lo sostenido por el profesor León (2004), quien refiere que desde la promulgación de nuestro actual Código Civil se ha perdido de vista una tarea de gran importancia, el cual es de *perfeccionar la técnica para cuantificar el daño moral*. Y, recomienda: “a este último objetivo es al que deberían dedicarse los modernos estudios de responsabilidad en el Perú” (p. 236).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Además, en virtud de lo prescrito en el artículo 1984 de nuestro Código Civil: “el daño moral es indemnizado (léase resarcido) considerando su magnitud y menoscabo (...)”, *no esclarece los criterios para la estimación pecuniaria de este tipo de daño* (De Trazegnies, 1984).

En consecuencia, ante la falta de desarrollo y fundamentación de criterios para fijar el daño moral, específicamente causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, la presente tesis aborda esta problemática, frente al vacío legal respecto al tema, en materia de filiación extramatrimonial.

Teniendo en cuenta las diversas definiciones del daño moral, advertimos que la doctrina es unánime al conceptualizar este daño como el menoscabo a los sentimientos, a la esfera interna de los sujetos. Razón por la cual, las consecuencias que se analiza en el daño moral son el sufrimiento, la angustia, el dolor, la aflicción espiritual, entre otros; los cuales varían según la experiencia vivida por la persona afectada en el evento dañoso.

Siendo así, cuando el derecho busca resarcir el daño moral, tiene que hacerlo no por cualquier dolor o menoscabo sino por aquel sufrimiento que sea consecuencia inmediata de la privación a un bien jurídico respecto el cual la persona tenía un interés jurídicamente reconocido. Por ende, la reparación es respecto al resultado del evento dañoso y no por la conducta o actividad del sujeto responsable.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

En ese sentido, partiendo de la naturaleza del interés jurídico lesionado el daño moral tendrá dos ámbitos, el directo e indirecto. Respecto al primero, resaltamos lo señalado por Oliveira (1998):

El daño moral directo lesiona un interés destinado al goce o la satisfacción de un bien jurídico extrapatrimonial afectando derechos a la personalidad (la vida, la libertad, el honor, la intimidad, la imagen, integridad física, etc.) o infringiendo los atributos de la persona (estado de familia, nombre) (p.18).

Según esta concepción, el daño moral directo deriva de una lesión que afecta la integridad moral, el honor e intimidad de una persona, ocasionándole un sufrimiento o daño psicológico que repercute negativamente en su autoestima o en su vida diaria.

V.gr., es el caso de aquel trabajador (contador) que ha sido acusado de alterar las ganancias de la empresa para la cual laboraba; resultando ser mentira esta difamación, ello da lugar a que el trabajador, siendo el perjudicado directo, sea reparado moralmente al verse afectado en su honor como persona y profesional.

Respecto al daño moral indirecto, aquí se lesiona un interés destinado al disfrute de bienes jurídicos patrimoniales, pero además se menoscaba un bien jurídico no patrimonial (Pizarro, 2004). Es decir, principalmente se causa un daño patrimonial, pero además este daño repercute en bienes extrapatrimoniales que no son directamente afectados por el hecho lesivo.

Por ejemplo, una secretaria que rompe a propósito el cuadro de matrimonio de su jefe, el cual para este era un bien con un valor especial y sentimental; si bien se ocasionó un daño a un bien jurídico patrimonial (el

cuadro), ello generó indirectamente una afectación a la esfera sentimental del perjudicado, dando lugar a una reparación moral.

#### **2.1.4. ACCIÓN RESARCITORIA DEL DAÑO MORAL**

##### **a. Indemnización vs resarcimiento**

Existe discrepancia entre la doctrina y nuestra legislación peruana sobre el empleo de los términos indemnización y resarcimiento para solicitar una compensación económica. Por ello, consideramos necesario abordar en este acápite si ambas figuras jurídicas deben ser consideradas como sinónimos o merecen ser tratadas de manera distinta.

Respecto a la doctrina, hay posiciones a favor y en contra sobre el uso diferente que se debe dar a la indemnización y el resarcimiento. Entre los autores que muestran una posición a favor tenemos a Beltrán (2010), quien señala que la **indemnización** es la compensación económica impuesta por el ordenamiento jurídico (fuente legal) tras el menoscabo de intereses patrimoniales; mientras que, el **resarcimiento** es la compensación económica asumida por un individuo luego de haber causado un daño, siempre que se demuestre la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Asimismo, León, en calidad de *amicus curiae* del Tercer Pleno Casatorio Civil, concluye que las figuras de indemnización y resarcimiento deben empezarse a distinguir en nuestro sistema normativo. Refiere que en la primera no es necesario atribuir responsabilidad civil ni hablar de imputable o culpable; en cambio, el resarcimiento involucra un acto de



responsabilidad civil contractual o extracontractual (como se citó en Ramírez, 2011).

Observamos que los autores justifican su posición al señalar que el término indemnización debe emplearse siempre y cuando la compensación económica impuesta a determinado sujeto provenga de la ley y no medie un juicio de responsabilidad civil.

En cambio, la palabra resarcimiento se debe utilizar cuando estamos frente a supuestos de responsabilidad civil contractual o extracontractual, es decir, debe cumplirse con demostrar la configuración de los elementos de la responsabilidad civil, a fin de resarcir económicamente al sujeto afectado.

Por otro lado, a diferencia de los autores mencionados, existe la postura del profesor Fernández (2015) quien considera que la indemnización y el resarcimiento deben tratarse de manera similar porque nuestro ordenamiento normativo no contempla una distinción entre ambas figuras. Así, sostiene:

El término indemnización, por su empleo asentado en la conciencia jurídica peruana, debe considerarse como sinónimo al concepto de resarcimiento, cuya semejanza brota de los diversos artículos del Código Civil peruano, por ende, se puede afirmar que el vocablo indemnización es usado con un carácter general y polisémico (p. 404).

Estando a lo expuesto por el Dr. Fernández, advertimos que nuestro sistema normativo trata de manera similar los conceptos de indemnización y resarcimiento en diversos articulados del Código Civil peruano.

A manera de ejemplo, en la responsabilidad contractual, tenemos el artículo 1321: “Queda sujeto a la **indemnización** de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones (...). El **resarcimiento** por la inejecución de la obligación (...) comprende el daño emergente y el lucro cesante (...); y, el artículo 1322 sobre **Indemnización** por daño moral: “El daño moral (...) también es susceptible de **resarcimiento**”.

Respecto a la responsabilidad extracontractual, tenemos el artículo 1969: “El que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a **indemnizarlo** (...)”; y, el artículo 1984: “El daño moral es **indemnizado** considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

De lo expuesto anteriormente, consideramos que las figuras jurídicas de indemnización y resarcimiento merecen un tratamiento diferente, pues si bien es una costumbre que los miembros de la comunidad jurídica (jueces, abogados, estudiantes universitarios, etc.) utilicen en la práctica ambos términos como sinónimos ciñéndose a lo estipulado en nuestra legislación, no podemos obviar la verdadera noción y las consecuencias prácticas que conlleva el uso de estas figuras jurídicas.

Al respecto, es importante destacar la acertada posición del profesor Campos (2012) quien –siguiendo doctrina española– sostiene que los remedios indemnización y resarcimiento son distintos en base a tres criterios (funcional, estructural y consecucional):

- i) C. funcional: Ambas instituciones tienen distintas finalidades. La indemnización es una compensación genérica que sirve para moderar o

eliminar el indebido incremento patrimonial en perjuicio de otro, cumpliendo una función reintegradora o reequilibradora del patrimonio. En cambio, el resarcimiento cumple dos funciones: la función de reconstitución del patrimonio lesionado (desde la perspectiva del que genera el daño); y, en sentido amplio, restablecer una situación menoscabada, por equivalente o en forma específica, en otras palabras, restaurar el *status quo* previo a la ocurrencia del daño, es decir una función compensatoria (desde la perspectiva de la víctima).

ii) C. estructural: La indemnización se concede por la sola constatación del hecho o supuesto señalado en la norma legal que la dicta, no valiéndose de los elementos de la responsabilidad civil para su otorgamiento, es decir, no hay de por medio un juicio de responsabilidad y sólo se recurre al criterio de equidad. Por su parte, en el resarcimiento para que este proceda se recurre a los criterios de imputación (objetivo o subjetivo), los que serán analizados y evaluados en el juicio de responsabilidad a fin de resarcir el daño ocasionado a un sujeto.

iii) C. consecucional: Respecto a la compensación económica, si estamos frente a una obligación *indemnizatoria* esta será traducida en dinero, para su cálculo se prescinde de la injusticia del daño y su cuantía, siendo generalmente menor en caso existiese este último. En cambio, el *resarcimiento* se puede realizar por equivalente o en forma específica, y la cuantía de la obligación resarcitoria se da en razón a la dimensión real del daño causado, sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial.

Asimismo, Morales (2011) manifiesta que las indemnizaciones son prestaciones dinerarias que no pueden considerarse resarcimientos, y citando a León, alega que los supuestos donde puede presentarse el remedio indemnización son –por citar algunos ejemplos– la expropiación, donde el Estado limita el derecho a la propiedad a cambio de un justiprecio; en el ámbito de los seguros privados, donde los montos que pagan las aseguradoras son previamente estipuladas en un contrato; y, en el derecho laboral, los montos indemnizatorios por despido arbitrario se

liquidan tomando en cuenta las remuneraciones del trabajador conforme al cálculo señalado en la legislación laboral.

**b. ¿“Indemnización” o “resarcimiento” por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre?**

Según lo expuesto precedentemente se da por sentado que los términos indemnización y resarcimiento merecen un tratamiento diferente a raíz de las finalidades y consecuencias prácticas que persiguen ambas figuras jurídicas.

Por tanto, estando a la problemática planteada en la presente tesis, al pretender proponer y fundamentar criterios para fijar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, a fin de compensar el menoscabo sufrido en la esfera interna del mismo, corresponde utilizar la terminología del “resarcimiento”, toda vez que la compensación económica que deberá asumir el padre no surge de la ley, es decir, nuestra legislación peruana no regula un resarcimiento por daño moral derivado del no reconocimiento de un hijo, sino que será necesario un juicio de responsabilidad civil.

Además, este resarcimiento por daño moral se otorgará siempre que se demuestre la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, los cuales serán analizados en el capítulo siguiente.

Por otro lado, cabe mencionar que la compensación económica en el resarcimiento puede realizarse mediante una reparación *por equivalente* o de forma *específica* (Campos, 2012).

Los autores Espinoza (2002) y Naveira (2004) manifiestan que el resarcimiento dinerario por equivalente consiste en otorgar al perjudicado una determinada suma de dinero, la cual, si estamos frente a una afectación patrimonial debe ser equivalente al valor del daño sufrido (función de equivalencia); en cambio, si estamos ante una afectación extrapatrimonial esta suma dineraria debe ser apta o suficiente para compensar el daño soportado por el sujeto perjudicado (función de compensación o satisfacción).

Por su parte, la reparación en forma *específica* o *in natura* consiste en restablecer la situación que existía antes de producirse el daño, esto es, reintegrando el interés dañado al sujeto afectado que, por lo general, se hará con bienes distintos al dinero (Naveira, 2004).

Si bien, la figura jurídica del resarcimiento aborda dos modalidades (*por equivalente* o *in natura*), cabe precisar que, en nuestra jurisprudencia peruana, los resarcimientos por algún daño patrimonial o extrapatrimonial imputado se otorgan mediante sumas dinerarias (por equivalente), las cuales buscan reparar el daño ocasionado, además de dejar indemne a la persona afectada de las pérdidas tanto patrimoniales como extrapatrimoniales sufridas.

#### **2.1.5. TEORÍAS SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL**

El daño moral, por naturaleza, no puede medirse en dinero, pues basta preguntarnos ¿cuánto vale el dolor de un sujeto que sufrió un daño? Evidentemente estamos frente a una de las incertidumbres del derecho, ya que

medir el sufrimiento o el dolor que se ocasiona a una persona es todo un desafío; sin embargo, es necesario hacerlo a fin de cumplir con el principio de reparación integral, de lo contrario resultaría más dañino para la víctima no resarcir el daño extrapatrimonial que se le ha causado.

Al respecto, surgen diversas posturas doctrinarias que consideran que el daño moral no se debe reparar; así como aquellas que conciben su reparación.

**a. Teorías que niegan la posibilidad de reparar el daño moral**

Algunos sectores de la doctrina adoptan la postura de negar la posibilidad de reparar el daño moral, en razón de que el sujeto afectado por un daño extrapatrimonial generalmente no puede acreditar la existencia del perjuicio sufrido y que el juzgador determina su valuación en base a indicios, resultando difícil su valoración material.

Es cierto que algunos tipos de daños no pueden ser susceptibles de valoración, como cuando se afecta la esfera afectiva, sentimental o espiritual de una persona. En ese sentido, al ser un daño estrictamente moral, que no tiene trascendencia en el orden económico, no se puede valorar, v.gr. el dolor.

Asimismo, esta postura fue concebida desde el punto de vista jurídico y ético (Pizarro, 2004). Respecto al primero, de darse la reparación por daño moral se estaría atentando contra los principios de la responsabilidad civil, al resarcirse sobre parámetros arbitrarios un daño que es inmaterial e inexistente. Y, respecto al segundo, sostiene que sería

inmoral y escandaloso ponerle un monto pecuniario al sufrimiento o al dolor.

De Cupis manifiesta que los intereses extrapatrimoniales no se pueden determinar en dinero, al no ser probables y estar condicionados a la sensibilidad de la víctima. Asimismo, alega que es inmoral reclamar y aceptar dinero por un daño producido al interés no patrimonial, reduciendo a un aspecto pecuniario y materialista el sufrimiento padecido (como se citó en Manzanares, 2008).

Esta teoría negatoria de la reparación del daño moral, con poca incidencia en el Derecho moderno, se basa en la imposibilidad de probar un daño netamente subjetivo y, en el carácter inmoral de recibir dinero por el dolor sufrido, para así restringir la reparabilidad del daño moral.

Sin embargo, pese a la dificultad práctica para reparar el daño moral, debe considerarse como regla general que todo daño ocasiona necesariamente un sufrimiento a la persona, por ende, no se debe caer en el razonamiento pesimista que como no se puede probar, entonces no se debe reparar, pues el juzgador es también sensible al sufrimiento de otras personas y capaz de valorar el daño moral (Manzanares, 2008).

#### **b. Teorías mixtas o eclécticas**

Para estas teorías, al sujeto que se le causa daño puede reclamar, además de lo que le corresponde por daños y perjuicios de orden patrimonial, una suma dineraria por reparación moral, siempre que esta reparación se encuentre justificada por las circunstancias del caso. En ese

sentido, el hecho de que un daño sea extrapatrimonial no significa que no puede ser resarcido, además, la dificultad para calcular su monto resarcitorio se supera en la práctica con la experiencia de los jueces.

Siendo así, el derecho comparado está orientado a la reparación del daño moral hasta el punto de afirmarse que este asunto ha dejado de ser un problema en el derecho moderno, siendo pocos los autores que en la actualidad se muestran contrarios a aceptar esta posición.

Si bien la doctrina moderna acoge la reparación del daño moral, Pizarro (2004) sostiene que no existen coincidencias sobre el fundamento que asume la obligación de reparar dicho daño, formulándose distintas líneas de pensamiento:

#### **b.1) Doctrina de la sanción ejemplar o pena**

Un sector minoritario de la doctrina manifiesta que la reparación del daño moral no comprende un resarcimiento sino una pena civil, pues se reprobaría de manera ejemplar la falta cometida por el responsable del daño. De esta manera, la reparación tendría un sentido netamente punitivo o sancionatorio, así como, un sentido aflictivo para el responsable por su conducta empleada.

Esta concepción, como se advierte, no está orientada a la protección de la víctima ni tampoco al menoscabo generado, sino al castigo o sanción al comportamiento del autor del daño. Ello permitiría justificar la reparación del daño moral alejado de la idea de



resarcimiento y, a su vez, que no quede impune un hecho ilícito que mortificó a la víctima ocasionándole una aflicción a su ánimo.

Asimismo, esta doctrina sostiene que en los supuestos de daños causados dolosa o culposamente corresponde la reparación del daño, precisando que el *quantum* de la reparación dependería de la gravedad de la falta, por ende, en caso de que exista la mala intención de dañar (dolo) los parámetros a computar serían más relevantes que en los supuestos de culpa grave o leve.

Empero, en cualquiera de los supuestos (dolo o culpa) siempre estaríamos ante una sanción que cumple una finalidad preventiva dirigida no sólo al responsable sino también a la comunidad en general, para que en el futuro se abstengan de cometer conductas similares a las que dieron lugar al daño.

## **b.2) Doctrina del resarcimiento del daño moral**

En el derecho moderno, la postura dominante admite el carácter puramente resarcitorio de la reparación del daño moral proponiendo una solución equitativa y justa, pues pondera con un criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo padecido.

En ese sentido, el daño, injustamente sufrido por el afectado, será reparado con un sentido resarcitorio independientemente de que la aflicción provenga de conductas antijurídicas inmersas de dolo, culpa o riesgo.

De esta manera, los hermanos Mazeaud y Tunc (como se citó en Pizarro, 2004) sostienen que en el derecho moderno se impone la reparación del daño moral con un sentido netamente resarcitorio, pues resultaría chocante que en una civilización avanzada como la nuestra se incurra en responsabilidad civil al menor atentado contra el patrimonio, y no cuando se lesionan los sentimientos de los semejantes.

### **b.3) El doble carácter resarcitorio y sancionatorio del daño moral**

Un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que la reparación del daño moral asumiría a la vez un doble carácter: resarcitorio y punitivo.

Quienes se adhieren a esta posición señalan que el carácter de la reparación del daño moral debe evolucionar y adecuarse a las necesidades de la sociedad, pues el asumir una doctrina sancionatoria o resarcitoria implica adoptar posturas extremas y rígidas desde la posición del ofensor o de la víctima respectivamente, lo que impide una visión conjunta del fenómeno resarcitorio.

En tal sentido, para esta doctrina sólo a través de la combinación de finalidades –resarcitoria y sancionatoria– podría reflejarse la verdadera función de la reparación del daño moral.

Sin embargo, Pizarro (2004) no comparte esta posición pues no se puede conciliar en un mismo plano principal dos tesis opuestas

entre sí, no sólo por los principios que las sustentan sino también por su aplicación práctica.

Por ende, o se trata de un resarcimiento, donde los parámetros que determinan la procedencia y valoración del daño moral se efectúan desde la situación de la víctima; o de una pena, cuyo enfoque se realiza desde el ofensor.

Estando a las teorías expuestas, tanto la que niega la reparación del daño moral como la que concibe su resarcimiento, advertimos que en el ordenamiento jurídico peruano el daño moral sí es reparable, así como lo establece el artículo 1322 del Código Civil.

Sin embargo, no se ha desarrollado ni precisado la funcionalidad que cumple esta reparación (sancionatoria, resarcitoria, o ambas), vacío que absolveremos en el siguiente capítulo a fin de adoptar una postura que justifique la reparación del daño moral, esencialmente en materia de derecho de familia (filiación extramatrimonial).

## **2.2. PRUEBA DEL DAÑO MORAL**

En el Perú, probar el daño moral es una labor complicada de realizar, por ello nos preguntamos ¿cómo probamos el dolor, el sufrimiento, el menoscabo emocional y la afectación psicológica sufrido por el ser humano?

Anteriormente resultaba complejo para los jueces y para quien alegaba el daño moral acreditar la existencia del mismo (incluso hasta en la actualidad), llegando a considerarse suficiente la presunción del daño moral y demás elementos

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

de la responsabilidad civil para tratar de cuantificar el daño, operación que resulta aún más complicado de realizar.

Esto trae como consecuencia que judicialmente se otorguen distintos montos indemnizatorios o resarcitorios en casos análogos, ocasionando que las sentencias sean impredecibles y carentes de motivación, pues, generalmente sólo se toman en cuenta los artículos 1332 y 1984 del Código Civil respectivamente: De no ser probado en su monto exacto el daño, el resarcimiento lo fijará el juez de manera equitativamente; y, el resarcimiento del daño moral se realizará considerando el menoscabo y la magnitud. No obstante, ello no basta para justificar las sumas dinerarias establecidas en los fallos.

Por tal razón, frente a esta problemática, los magistrados en el IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, realizado en noviembre del 2017 en la ciudad de Chiclayo, buscaron responder la siguiente pregunta: ¿En los procesos de indemnización por daño moral para amparar una demanda sobre el mismo, se debe acreditar los elementos de la responsabilidad, así como con medios probatorios directos e indirectos?

Para responder esta interrogante, se consideraron dos ponencias, donde la primera sostenía que la **presunción del daño moral** es suficiente para conceder la pretensión de indemnización, así como la utilización de criterios de cuantificación amplios para su determinación.

Por otro lado, la segunda ponencia señalaba **que no es suficiente presumir el daño moral**, sino que es necesario que el demandante asuma la **carga probatoria**, además de evaluarse **los presupuestos de la responsabilidad civil**

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

mediante **pruebas directas e indirectas**, asimismo, que los criterios para cuantificar el daño moral deben ser objetivos. Fue esta ponencia la que se aprobó por mayoría.

De lo expuesto, se advierte que el Pleno Jurisdiccional Nacional en mención se encaminó a lograr la uniformidad de criterios descartando la presunción del daño moral, pero dejando abierta la posibilidad de acreditar este daño a través de medios probatorios indirectos, los cuales son mecanismos auxiliares o sucedáneos de los medios probatorios directos.

En consecuencia, el daño moral podrá probarse no sólo mediante una pericia, un testimonio, documentos o una inspección judicial (medios probatorios directos), sino también, a través de presunciones (legales o judiciales), indicios o incluso de la propia conducta de las partes procesales, permitiendo al juez argumentar sus fallos más allá de la simple presunción (generalmente arbitraria y sin mayor sustentación); así como, la posibilidad de establecer criterios objetivos de cuantificación asentado en medios de prueba indirectos.

Siendo así, la segunda ponencia permite ampliar el campo de acción tanto de los abogados como el de los magistrados, pues se podrá aplicar las reglas de la carga de la prueba (artículo 196 del C.P.C.), solicitar las pruebas de oficio cuando corresponda a ley (artículo 194 del C.P.C.), pero sobre todo cumplir con el objetivo de los sucedáneos de los medios probatorios directos, ya sea corroborando, complementado o sustituyendo el alcance o valor de estos (artículo 275 del C.P.C.).

Consideramos que la segunda ponencia adoptado en el Pleno Jurisdiccional Nacional se ajusta a la realidad judicial peruana, pues si bien la mayoría de fallos

carecen de motivación al presumirse la existencia del daño moral luego de verificarse el hecho causante (daño *in re ipsa*); con la decisión tomada en este acuerdo plenario, los abogados se esforzarán en la calidad probatoria de sus demandas para acreditar la existencia del daño moral, empleando incluso pruebas indirectas.

### **2.3. VALORACION Y CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL**

En el Perú, la labor del magistrado y del abogado no termina solamente en probar si existió o no algún tipo de daño moral, puesto que de existir este daño queda la tarea de valorar y cuantificar el mismo, labor difícil de realizar en vista que no existen criterios (respecto al tema en cuestión) que guíen al magistrado a establecer dicho *quantum*.

Por ello, es importante desarrollar dentro de este capítulo la diferencia que existe entre la valoración y cuantificación del daño moral, ya que estos dos aspectos tienen tiempos de ocurrencia y significados distintos.

Valorar es delimitar el aspecto cualitativo del daño, ello implica indagar y analizar el contenido intrínseco del interés espiritual lesionado y las posibles consecuencias generadas en la subjetividad del afectado; una vez valorado el hecho que ha producido el daño, corresponde cuantificar su repercusión dándole un sentido económico al daño ocasionado (Vega y Ordellín, 2012).

En ese sentido, primero se valora los acontecimientos ocurridos que generaron el daño en el ámbito interno de la víctima y, seguidamente realizar la cuantificación, esto es, la liquidación económica, a fin de otorgar una justa reparación por el daño causado.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Por tanto, es imprescindible que se cumplan ambas operaciones, teniendo en cuenta al momento de realizar la valoración del daño todo aquello que justifique el monto de la reparación.

Asimismo, la doctrina señala que la valoración y cuantificación del daño se determina de dos formas: por la ley o por el juez a cargo del proceso judicial. En nuestro país ambas operaciones lo realizan los jueces.

Sin embargo, respecto a la cuantificación del daño moral derivado de la responsabilidad extracontractual cabe mencionar que no existen “baremos” o tablas de valoración reguladas en el ordenamiento jurídico; a nivel legislativo al menos existe el criterio tabular empleado en materia de accidentes de tránsito, artículo 29 del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de tránsito, aprobado por D.S. N° 049-2000-MTC, y, en el artículo 114.1 de la Ley de Aeronáutica Civil N° 27261.

Se advierte el escaso desarrollo legislativo sobre la cuantificación del daño moral en los casos de responsabilidad civil extracontractual, dado que respecto al tema solamente tenemos el artículo 1984 del C.C.

Empero, no indica la forma de cómo cuantificar dicha magnitud o menoscabo, denotándose así un vacío que faculta a los magistrados a usar su criterio discrecional para resolver este tipo de demandas, generando una serie de sentencias contradictorias y desiguales.

En suma, no fácil valorar y cuantificar el daño moral, por el mismo hecho que estamos frente a un daño subjetivo e invaluable en dinero, pero, el Derecho ha

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

considerado que debe repararse necesariamente este daño y hacerlo mediante el dinero para que de alguna forma compense o atenúe el sufrimiento de la víctima.

Al respecto, Zavala (1999) afirma:

Si bien el dinero es algo muy diferente a los sentimientos, a lo espiritual de la persona, no es un fin en sí mismo sino un medio, tal vez el más apto para conseguir la comodidad, satisfacción o felicidad de las personas. En esa dimensión el dinero debe estar integrando la reparación del daño (p.502).

Sin embargo, la falta de criterios de cuantificación del daño moral nos transporta a soluciones que no son adecuadas, como es el pago de dinero simbólico e incluso ínfimo, que no cubren en nada el perjuicio causado.

Aunado a ello, genera en los justiciables una incertidumbre al no poder predecir los resultados de sus litigios, inclusive, genera en algunos abogados el incentivo malicioso de plantear pretensiones con montos excesivos y elevados, con el fin de especular una cuantía que se sabe será menor si se contara con parámetros preestablecidos.

Por tanto, es necesario establecer criterios que ayuden a determinar la cuantía resarcitoria por daño moral, pues, en la actualidad, las demandas de indemnización por daño moral son una puerta abierta a la arbitrariedad del Juez al momento de aplicar el criterio de discrecionalidad que le faculta la norma para cuantificar el daño moral sufrido por el afectado.

Además, se tiene que tener presente el Pleno Jurisdiccional Nacional comentado anteriormente, donde se ha dejado establecida la importancia de acreditar el daño moral inclusive mediante medios probatorios indirectos; así como



que su cuantificación debe estar basado en criterios objetivos dejando de lado la sola presunción del daño.

#### **2.4. SOBRE LA FILIACIÓN: DEFINICIÓN**

La palabra filiación, etimológicamente, deriva de *filius*, que a su vez se origina de *filium* que significa hijo, esto es, la relación de uno o varios hijos con sus progenitores o, sencillamente, la procedencia del hijo en relación de sus padres.

Si bien la figura de filiación es amplia y genérica, también es cierto que filiación alude al hijo, pero si a aquel se le suma la figura de la madre, estaríamos frente a una relación materno-filial, y en el caso del padre, paterno-filial.

Para Varsi (2004) “la filiación es la *conditio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra” (p. 89).

En ese sentido, todo ser humano cuenta con una filiación por el solo hecho de haber sido procreado, por ende, es el vínculo más importante que enlaza a una persona respecto a sus padres o antecesores y, de la misma manera lo vincula con sus hijos o descendientes, ello entendido como la filiación en sentido general; no obstante, también existe una filiación en sentido estricto, esto es, la relación que vincula solamente a los padres con sus hijos (Cornejo, como se citó en Peralta, 2008). Siendo que dicha relación estará sujeta a un conjunto de derechos y obligaciones (Castro, 2010).

Gallegos y Jara (2009) sostienen que es un estado jurídico que la norma establece a determinado sujeto producto del vínculo biológico que lo une con los padres que lo engendraron.

La filiación supone un nexo biológico entre los padres y el hijo, y cuando este vínculo llega a acreditarse, tanto la maternidad o paternidad quedarán legalmente determinadas (Bossert y Zannoni, 2015).

En esa misma línea, Peralta (2008) sostiene: “el vínculo biológico no basta por sí mismo para hacer nacer el vínculo jurídico, es necesario la voluntad exteriorizada para que el primero se convierta en acto jurídico familiar” (p. 389).

Ahora, el sistema filiatorio se constituye en base a un conjunto de conceptos que ayudan a establecerlo, no es menos cierto que es importante tener claro ciertos conceptos para no caer en incertidumbres. En primer lugar, debe entenderse por *progenitora* o *progenitor* aquella mujer o a aquel varón que contribuyeron con su carga o material genético para que se dé la concepción de un hijo, pero no necesariamente de ellos se derivará la relación materna/paterno-filial.

Por tanto, el hecho que un hijo conozca a las personas que lo engendraron forma parte del ejercicio de su derecho a la identidad (el cual será desarrollado en el tercer capítulo).

En segundo lugar, el concepto de *maternidad* – *paternidad* hace referencia a un rol social de crianza, afectividad, cuidado y sostenimiento por parte de los padres hacia a quienes consideran sus hijos. Lo correcto sería que la categoría de madre o padre coincida con el concepto de progenitores, pero ello no siempre es así en razón a varios factores. Por ejemplo, un hijo abandonado, adoptado o, concebido con material genético donado de manera anónima a través de una técnica de reproducción asistida.

Como bien menciona Díez-Picazo y Gullón (como se citó en Fernández, 2013):

Padre contiene una carga de sentido sociocultural y jurídico de la que carece el término progenitor. De esta manera, por regla una persona Y es el padre/madre de X, ello significa que, Y tiene que cumplir un conjunto de deberes y derechos en relación de X, o, si se prefiere, el conjunto de funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esta denominación (p. 54).

Entonces, podemos definir a la filiación en sentido genérico y estricto. En razón del primero, es la vinculación de una persona con sus ascendientes y descendientes; y, respecto al segundo, se refiere al vínculo de los hijos con sus padres.

#### **2.4.1. TIPOS DE FILIACION**

Varsi (2010), Peralta (2008) y Cornejo (1998) sostienen que los dos tipos de filiación (tanto la matrimonial como la extramatrimonial) se originan y tienen sus antecedentes en el Derecho Romano. Pues una de las características que se realizaba era dividir a los hijos de acuerdo a si nacían dentro o fuera de un matrimonio. Si bien dicho criterio, en la actualidad aún prevalece, es para efectos de la determinación, pero no para la jerarquía filial.

Es cierto que no siempre la situación de los hijos ha tenido un trato equivalente, dado que sus derechos quedaban limitados a razón de que nazcan dentro de un matrimonio, de lo contrario, se hallarían en una situación de inferioridad y con la restricción de sus derechos en relación aquellos hijos que sí nacían dentro del matrimonio. Además de la denominación peyorativa de hijos *ilegítimos* como se les conocía, siendo evidente el trato discriminatorio.

Dicha situación fue superada en nuestra Constitución Política de 1979, en su artículo 6, el mismo que estuvo vigente cuando se realizó la promulgación del Código Civil peruano de 1984, donde logramos superar el trato discriminatorio que se daba a los hijos de padres unidos o no en matrimonio.

Si bien el Código Civil separa a los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales, ello se fundamenta en la descripción que se hace de ellos de acuerdo a su nacimiento, y no por el hecho que uno tenga mejores o más derechos que el otro.

Por ende, conocer la condición de los hijos es necesario para saber la situación de los mismos: si nacen de padres unidos en matrimonio, serán matrimoniales, contrario sensu, cuando los padres no son casados, serán extramatrimoniales, entendiendo Aguilar (2013) que “esta división de los hijos no califica sino describe la situación de ellos” (p. 230).

Además, nuestra actual Constitución de 1993, al igual que la anterior, regula sobre la igualdad de los hijos en su artículo 6: “(...) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”.

Ahora bien, diversos autores coinciden en afirmar que existen dos tipos de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial, las mismas que desarrollaremos a continuación.

**a. Filiación Matrimonial**

En Roma era denominada como la filiación legítima. Este tipo de filiación (Gallegos y Jara, 2009) se da cuando los progenitores del menor han formado una familia al contraer nupcias, siendo el hijo concebido dentro del mismo.

Para Varsi (2004) la filiación matrimonial es una institución que va a encontrarse unida al casamiento entre los progenitores, siendo el matrimonio una celebración solemne y pública; por tanto, sus efectos otorgarán a los hijos de estos, sus derechos civiles como políticos.

Si bien, esta institución se caracteriza por encontrarse los progenitores unidos al matrimonio; no obstante, el solo acto matrimonial no es suficiente para establecerse una filiación.

Pues, según Aguilar (2013): “es preciso indicar que hay dos momentos distanciados en el tiempo, la concepción y el nacimiento o alumbramiento, donde estos no ocurren necesariamente en el matrimonio” (p. 231). Por tanto, es importante saber si ello influye para determinar matrimoniales o extramatrimoniales a los hijos. Para ello, han surgido diversas teorías:

**a.1. Teoría de la concepción**

Señala que serán hijos matrimoniales los procreados por padres unidos en matrimonio, independientemente que sean alumbrados dentro del mismo o que nazcan luego de disolverse o anularse el vínculo matrimonial (Peralta, 2008).

En consecuencia, los concebidos o engendrados antes del casamiento se considerarán hijos extramatrimoniales, a pesar que su alumbramiento se dé una vez realizado el matrimonio.

Esta teoría se caracteriza por cuanto la concepción se dé dentro del casamiento (requisito fundamental).

### **a.2 Teoría del nacimiento**

Contrario a la anterior teoría, en esta teoría se considerarán hijos matrimoniales aquellos que nacieran en el periodo en que los padres estén casados, sin importar cuándo han sido concebidos (Fernández, 2013).

Por tanto, aquellos que hayan sido procreados anterior a la celebración del casamiento serán hijos matrimoniales si son alumbrados cuando la celebración de las nupcias ya se ha dado; contrariamente, los nacidos luego a la disolución del vínculo matrimonial serán extramatrimoniales no obstante de que la concepción se haya dado durante su vigencia.

Aquí, el hecho de nacer dentro del matrimonio es el requisito esencial.

### **a.3. Teoría mixta**

Se le denomina también como la teoría de nacimiento–concepción, la misma que ha sido adoptada por nuestro actual Código Civil. Por un lado, en su artículo 1 establece: “La persona

humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. (...); y por otro, el artículo 361: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”.

Entonces, serán hijos matrimoniales aquellos que hayan nacido durante el casamiento a pesar de haber sido engendrados antes, así como los alumbrados después del término del matrimonio, siempre que hubieran sido engendrados dentro de él.

Varsi (2010) sostiene que:

Para atribuir una paternidad matrimonial es sustancial que se respeten los plazos legales determinados por la ley tanto para el hecho de la procreación como del nacimiento (que sea concebido 180 días anteriores al matrimonio o que nazca a los 300 días de su disolución) (p.98).

En esta teoría, el presupuesto básico es ser alumbrado dentro del vínculo matrimonial o dentro de los 300 días posterior a su disolución.

Por otro lado, en el caso de la filiación matrimonial, la paternidad es atribuida en base a un elemento objetivo que es el principio *pater est quem nuptia demonstrant*, lo que significa “*el hijo de la mujer casada tiene por padre al esposo de esta*”. Ello en razón a lo regulado en los artículos 361 (presunción *pater est*) y 362 (presunción reafirmatoria de paternidad) del Código Civil.

En ese sentido, Varsi (2004) considera que la filiación para los hijos matrimoniales se acredita juntamente en relación de la madre y del padre. Pues, demostrada la maternidad, quedará manifiesta la paternidad del esposo, independientemente que después sea impugnada.

Aquí se aplica la presunción de paternidad, y muchos autores coinciden en señalar que ello se sustenta en los deberes personales a los que se comprometen los cónyuges, como el de fidelidad (artículo 288 C.C.) y el deber de cohabitación (artículo 289 C.C.), los cuales hacen suponer la existencia de relaciones sexuales entre los cónyuges, es decir, se presume que el matrimonio se ha consumado.

Por su parte, Manrique (2013) considera que la presunción de paternidad, más allá de los deberes mencionados que se tienen los esposos, se fundamenta en la vivencia conyugal real de los padres.

#### **b. Filiación Extramatrimonial**

Este tipo de filiación, denominada ilegítima por el derecho romano clásico, viene hacer el vínculo jurídico de los descendientes con sus progenitores, los mismos que no están unidos en matrimonio (López, 2011).

Los hijos extramatrimoniales gozan del *status filii* pero no del hecho *status familiae*, lo que significa que tendrán un nombre mas no disfrutarán de sus relaciones familiares completas.

Asimismo, lo encontramos previsto en nuestro Código Civil, artículo 386, que establece: “Son hijos extramatrimoniales los



concebidos y nacidos fuera del matrimonio”. Agrega Peralta (2008): “no importa que los padres estén solteros, divorciados, viudos o alguno de ellos esté unido a un matrimonio anterior, etc.” (p. 459).

Cabe precisar que sean los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, ambos tienen iguales derechos y deberes, ello no solo en función del artículo 6 de nuestra actual Constitución, sino también del artículo 2 inciso 2 del mismo, que prescribe: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado (...)”.

En la filiación extramatrimonial no existe elemento objetivo alguno que consiga atribuir a una persona la calidad de hijo, por lo que es necesario emplazar de manera expresa al supuesto padre, de tal forma que el vínculo biológico se traslade al plano jurídico. Contrario a la filiación matrimonial, en esta no aplica la presunción de paternidad.

Siendo así, el establecer la filiación paterna de los hijos que nacen de progenitores unidos por el concubinato o por una relación convivencial no es automático (Vigil, 2013).

Por ende, en este tipo de filiación cada progenitor puede determinar el vínculo filial que le une a su hijo de manera separada, y para ello se requiere una acción de voluntad (reconocimiento) o una imposición legal (declaración judicial).

#### **2.4.2. ACCIONES DE FILIACIÓN**

Las acciones de filiación son aquellos instrumentos que la ley establece para facilitar a todo aquel que tenga interés en averiguar cuál es su

verdadera filiación. Ello en razón de que la verdad biológica debería ajustarse en lo posible a la verdad legal sobre la filiación.

Varsi (2004) refiere:

Son acciones que persiguen establecer el verdadero *status filii* o calidad de hijo mediante un emplazamiento al padre que aquel inicia para determinar el vínculo filial, o un desplazamiento del progenitor cuando la filiación establecida no concuerda con su verdad biológica (p. 139).

Siendo así, las acciones de filiación tienen como objetivo adecuar la verdad biológica (procreación) y la verdad formal (situación de hecho), partiendo de la prueba de un hecho. Por tanto, estas acciones permiten que se lleven a cabo las investigaciones judiciales de maternidad y paternidad, para que posteriormente se determine o quede sin efecto aquella realidad biológica.

De manera general, entre las acciones de filiación tenemos, las de contestación: negación de la paternidad, la impugnación de la maternidad, impugnación de la paternidad; y, las de reclamación: de maternidad y de paternidad. Las mismas que serán desarrolladas dentro del siguiente punto.

## **2.5. DETERMINACION DE LA FILIACION**

### **2.5.1. DEFINICIÓN**

Para que la paternidad o maternidad queden determinadas legalmente, es necesario que la filiación, esto es, el vínculo biológico entre el hijo con sus padres, se encuentre debidamente acreditado.

En ese sentido, la determinación de la filiación vendría a ser “la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta” (Bossert y Zannoni, 2015, p. 441).

Si bien es cierto, las dos clases de filiación que hemos desarrollado se caracterizan por dividir a los hijos en aquellos habidos dentro y fuera del matrimonio, sólo es a efectos para determinar la filiación, mas no su jerarquía, la misma que ha sido superada por el principio de igualdad y unidad de la filiación.

Siendo así, a decir de Fernández (2013) existen tres modos de determinar la filiación: i) Determinación legal: basada en la presunción de paternidad en el caso de los hijos de mujer casada; ii) Determinación voluntaria: propio del reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial por parte de sus progenitores y; iii) Determinación judicial: cuando una resolución judicial es la que establece la paternidad o maternidad.

### **2.5.2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL**

Para determinarse la filiación matrimonial es menester desarrollar la presunción de paternidad adoptada por nuestro Código Civil, así como las acciones de filiación para establecer la filiación matrimonial y los medios probatorios para acreditar la misma.

#### **a. Determinación de la paternidad: *Presunción pater is***

Esta presunción *iuris tantum* se origina en el Derecho Romano, conocida como “*pater is quem nuptiae demostrant*” y que

etimológicamente significa “padre es quien las nupcias demuestran” (Aguilar, 2013).

En tal sentido, según la *presunción pater is*, el hijo de la mujer casada tendrá por padre al esposo de esta, ello a fin de salvaguardar el orden familiar y garantizar el estado filiatorio de un hijo que probablemente sea del esposo de la mujer.

Como bien ya lo hemos mencionado el código sustantivo peruano regula esta presunción en su artículo 361. De dicha norma podemos advertir que la determinación de la paternidad matrimonial exenta de probar el vínculo biológico, e incluso se reafirma esta presunción en el artículo 362 del mismo cuerpo normativo: “El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera, atribuyéndose automáticamente el vínculo parental”.

Siendo así, la filiación matrimonial en el derecho peruano no se basa en la realidad biológica de la filiación sino en una presunción de moralidad, pues lo que busca el legislador es proteger a la familia para satisfacer el interés social (Manrique, 2013).

En efecto, la presunción de paternidad más que un derecho del padre se manifiesta como una obligación, puesto que, por imperio de la ley el marido de mujer casada debe tratar y reconocer a los hijos de esta como suyos; precisando que, la ley admite prueba en contrario.

Por otro lado, en el caso de los hijos matrimoniales la filiación de ambos padres se acredita simultáneamente, pues basta con demostrar la maternidad para que la paternidad quede establecida (principio de la unidad de la paternidad matrimonial), aunque después sea impugnada (Varsi, 2010). Por ende, será suficiente y necesario que la madre, en algún momento de la gestación, se haya encontrado casada para la aplicación del principio de presunción de paternidad.

En ese sentido, la determinación de la *presunción pater is* se ayuda de los periodos de concepción y gestación; de este modo, para la ley peruana, la gestación dura como mínimo 180 días y como máximo 300 días (artículo 361 y 363 inciso 1 del C.C.). Por su parte, la concepción se debe producir dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento (artículo 363, inciso 2, del código sustantivo).

Esto es así, principalmente porque el Derecho supone que la esposa sólo ha tenido relaciones sexuales con su marido, en base a los deberes que tienen los cónyuges dentro del matrimonio, como el deber de cohabitación y el deber de fidelidad que hace presumir que la mujer es fiel al esposo.

De esta manera, la presunción de paternidad se podrá establecer siempre que la filiación materna se encuentre acreditada, la cual se establecerá con la inscripción del nacimiento del menor en el registro civil correspondiente, además que exista el matrimonio entre la madre y el supuesto padre, y, la correlación entre el tiempo del matrimonio y el momento del nacimiento o concepción.

**b. Acciones de filiación**

Como bien lo hemos señalado, son acciones que buscan originar la titularidad de derechos subjetivos mediante el emplazamiento de determinado estado de familia, así como, permitir que se investigue judicialmente la paternidad y maternidad para que quede determinada la filiación matrimonial (Peralta, 2008). Estas acciones son:

**b.1. Negación de paternidad**

El titular principal de esta acción es el marido de la mujer casada o, excepcionalmente, sus herederos o descendientes (artículo 367 del C.C.), se interpone con el fin de hacer caer la presunción de paternidad y, la dirigirá contra el hijo y la madre simultáneamente.

Si bien el hijo es representado por su madre, esta representación la ejercerá un curador especial cuando los intereses del hijo y de la madre sean opuestos (parte *in fine* del artículo 369 del C.C.).

Asimismo, el artículo 364 del código sustantivo establece que el plazo para interponer la acción negatoria es de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, y, en caso de ausencia, desde el día siguiente de su regreso.

Cabe mencionar, que el Código Civil peruano no hace distinción entre los casos de impugnación y de negación, por el contrario, los supuestos de negación subsumen los de impugnación (Peralta, 2008). Así pues, aquel marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede “negarlo” (artículo 363 del C.C.).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Para ello, señala cinco supuestos en donde procede la negación de la paternidad:

- Cuando el hijo nace antes de que se cumplan los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio;
- Cuando sea manifiestamente imposible que haya convivido con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo;
- Cuando haya estado separado judicialmente durante los primeros 121 días de los 300 anteriores al matrimonio, salvo que haya cohabitado en ese periodo;
- Cuando adolezca de impotencia absoluta; y,
- Cuando se acredite a través de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe nexo parental. En caso de darse este último supuesto, el magistrado desestimará las presunciones restantes.

De todo lo expuesto, podemos apreciar que la demanda de negación de paternidad debe contener ciertos requisitos como son: que el hijo nazca dentro del vínculo matrimonial o dentro de los 300 días de su disolución; que se haya dado alguno de los casos de negación antes señalados; que no haya caducado la acción y, finalmente, que el órgano jurisdiccional lo declare.

### **b.2. Impugnación de la maternidad**

Está dirigida esta acción contra el hijo y contra quien aparezca como padre; y, según el artículo 371 del Código Civil, se puede

interponer en dos casos: i) Parto supuesto: cuando la mujer no tuvo ningún hijo porque se trata de un alumbramiento o parto fingido y, ii) Suplantación de hijo: cuando se cambia o sustituye un hijo por otro, después del parto.

Ahora bien, el plazo para interponer esta acción es dentro de los 90 días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude; asimismo, por regla general la presunta madre es titular de la acción, empero, los herederos o sus ascendientes podrán seguir con el proceso siempre que la madre lo haya iniciado (artículo 372 del C.C.).

En suma, para impugnar la maternidad matrimonial deberán concurrir los siguientes requisitos: que la mujer casada presente un hijo como suyo; que se dé uno de los supuestos del artículo 371 del código sustantivo antes citado; que no haya caducado la acción y, finalmente, que el juez lo declare (Peralta, 2008).

### **b.3. Reclamación de filiación**

Esta acción es imprescriptible y tiene por titular al hijo, quien busca determinar su *status* familiar (filiación matrimonial) accionando simultáneamente contra sus padres o contra sus herederos (artículo 373 del C.C.).

Sin embargo, la ley establece que esta acción puede transmitirse a los herederos del hijo (artículo 374 C.C.) cuando: i) El hijo muere antes de cumplir 23 años sin haber interpuesto la demanda; ii) Si deviene en incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado, y; iii)



Si el hijo dejó iniciado el juicio. De darse los dos primeros supuestos, los herederos tendrán 2 años para interponer la acción de filiación.

**c. Prueba de la filiación matrimonial**

Conforme al artículo 375 del C.C. -primer párrafo- los medios probatorios para acreditar la filiación matrimonial se dan en dos supuestos (Varsi, 2004):

- Si la filiación matrimonial del hijo está ya establecida fuera de proceso.

En este supuesto la filiación debe probarse principalmente con dos partidas: de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres, y, en su defecto, con un instrumento público donde el marido admite al hijo matrimonial como suyo, siempre que este haya nacido antes de los 180 días siguientes de la celebración de las nupcias de los padres o, de haberse reconciliado después de una separación. Finalmente, con el fallo que desestima la demanda de contestación (negación del hijo) que interpuso el marido de su madre.

- Cuando se demanda judicialmente la declaración o reconocimiento de la filiación del hijo matrimonial por no estar establecida.

De darse este caso la filiación se demuestra mediante sentencia expedida en juicio, en donde se haya acreditado la posesión constante del estado de hijo matrimonial u otro medio de prueba escrito proveniente de uno de los padres.

Por otro lado, cabe precisar, que la filiación matrimonial será inimpugnable siempre que a favor de esta filiación se reúnan la posesión constante del estado de hijo matrimonial y el título que dan las partidas de nacimiento y matrimonio, no pudiendo ser contestada por los padres, y menos aún por el mismo hijo (artículo 376 del C.C.).

En ese sentido, esta situación es incuestionable para evitar acciones que busquen alterar una filiación matrimonial ya determinada, siempre que el título de nacimiento o matrimonio no adolezcan de nulidad o falsedad (Peralta, 2008).

### **2.5.3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

Como ya hemos podido notar, en el caso de hijos matrimoniales, queda determinada la filiación por el hecho mismo del matrimonio y por el juego de presunciones según los plazos mínimos y máximos de la concepción y de la gestación establecidas en la ley.

Sin embargo, en la filiación extramatrimonial, no se cuenta con estos factores, siendo necesario el reconocimiento voluntario o, una sentencia o declaración judicial para establecer la filiación aquiliana.

#### **a. Reconocimiento voluntario**

La palabra reconocimiento deriva etimológicamente del latín *recognoscere* cuyo significado es admitir, declarar, revelar o confesar un suceso para percatarse de su identidad y naturaleza (Peralta, 2008).

Cornejo (1998) alega que “el reconocimiento es el acto jurídico en el cual una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimoniales respecto de otra” (p.105).

En esa misma línea, Palacio (2004) señala que “consiste en aquel acto jurídico que contiene una declaración formal de paternidad o maternidad, realizado por el padre o madre con referencia a un hijo habido fuera del matrimonio” (p. 392).

Podemos concluir, entonces, que el reconocimiento constituye la determinación voluntaria de la filiación aquiliana, mediante el cual una persona declara ser la madre o el padre de un hijo extramatrimonial, reconociendo de manera formal la relación materno o paterno -filial con todos los derechos y deberes que emanan de la propia relación.

Asimismo, en la doctrina nacional, los autores Varsi (2004), Peralta (2008) y Aguilar (2013) consideran que el reconocimiento tiene ciertas características:

- Personal: Es un acto único, porque sólo el padre o madre que se sienta tal puede afirmar la relación paterno o materno-filial; sin embargo, por excepción, el reconocimiento puede realizarse mediante un apoderado con poder especial.
- Unilateral: De carácter exclusivo, pues el acto se perfecciona con la sola manifestación de voluntad del reconocedor, sin ser necesaria la aceptación expresa del hijo reconocido o la concurrencia de un tercero.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

- Individual: El reconocimiento puede hacerse por uno de los padres sin intervención o conocimiento del otro, asumiendo los efectos propios de tal declaración.
- Incondicional, puro y simple: Es un acto que no admite condiciones o limitaciones, pues no está sujeto a un plazo, modo o condición que pueda modificar sus consecuencias jurídicas.
- Formal o solemne: El reconocimiento no es un acto que se deja al libre albedrío de quien lo realiza, sino que requiere de ciertas formalidades establecidas en la norma para dejar constancia de su realización.
- Irrevocable: No admite revocación, ello en relación con el artículo 395 del C.C., pues luego de declararse el reconocimiento no es posible que el reconocedor se desista de las consecuencias jurídicas que conllevan sus propios actos; esto se basa en una razón de seguridad jurídica y moral para otorgar estabilidad al estado de las personas.

### **a.1. Sujetos del reconocimiento**

- Sujeto activo: De acuerdo al artículo 388 en relación con el 389 de nuestro código sustantivo, el padre o madre del hijo extramatrimonial pueden reconocerlo simultáneamente o por separado. Sin embargo, excepcionalmente, el reconocimiento lo pueden realizar los abuelos o abuelas de la respectiva línea cuando el padre o la madre fallece, sufran de retardo mental, estén privados de discernimiento, se encuentren en situación de desaparecidos,

adolezcan de deterioro mental que les impida manifestar su voluntad de modo indubitable, o sean menores de 14 años de edad; en este último supuesto cuando el adolescente cumpla los 14 años podrá reconocer a su hijo.

- Sujeto pasivo: Según el artículo 398 del C.C, los hijos extramatrimoniales son sujetos pasivos sin excepción alguna. Y, en el caso del reconocimiento de los hijos mayores de edad, no se confiere al reconocedor derechos de alimentos o sucesorios, salvo que el hijo tenga la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.

Asimismo, la ley señala que también es sujeto pasivo del reconocimiento el hijo que ha muerto dejando descendientes (artículo 394 del Código Civil).

### **a.2. Formas del reconocimiento**

Como ya hemos manifestado, una de las características del reconocimiento es que se trata de un acto solemne que requiere de ciertas formalidades determinadas en la ley para su eficacia y validez (Peralta, 2008). De esta manera, hay tres formas de reconocimiento según el artículo 390 del código sustantivo peruano:

- En el registro civil de nacimientos: El cual debe realizarse al momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior a través de un acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente (artículo 391 del C.C.).

- En escritura pública: Se debe realizar ante un notario público, quien dará fe de la declaración hecha por el reconocedor.
- En testamento: Esta forma de reconocimiento tiene como finalidad no desproteger por causa de fallecimiento al hijo que se reconoce. Y, en caso de revocación del testamento por cualquier causa, ello no afectará el reconocimiento del hijo extramatrimonial (artículo 686 del C.C.).

Asimismo, si bien no existe otra forma de reconocimiento, cabe mencionar que con la Ley N° 28439 del 28 de diciembre del 2004, al modificar el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes surge otra modalidad de reconocimiento, esto es, el reconocimiento de oficio por el juez.

En ese sentido, en el caso de hijos extramatrimoniales que demandan solamente alimentos al supuesto padre, si, en la etapa de audiencia el demandado acepta y reconoce la paternidad, el juzgador tendrá por reconocido al hijo y remitirá la copia certificada de la pieza judicial respectiva a la municipalidad correspondiente, disponiendo la inscripción del reconocimiento, sin perjuicio de la continuación del proceso de alimentos (Aguilar, 2013).

### **a.3. Efectos del reconocimiento**

El establecimiento de la relación materno o paterno-filial, mediante el reconocimiento conlleva ciertas consecuencias jurídicas. Respecto al hijo, este adquirirá el estado de hijo extramatrimonial con

todos los derechos que la norma le reconoce (nombre, alimentos, educación, herencia, etc.), y en relación a los padres, se aplicarán las normas sobre patria potestad, consentimiento para el matrimonio de menores, herencia, tutela, curatela, y demás.

#### **a.4. Impugnación del reconocimiento**

Esta acción busca refutar o contradecir un reconocimiento realizado conforme a ley, a fin de enervar las consecuencias jurídicas de esta declaración.

El Código Civil en su artículo 399 empieza regulando: “El reconocimiento puede ser **negado** (...)”. Si bien nuestro código no precisa las causales por las cuales puede negarse el reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial, ésta puede asentarse en causales de fondo o de forma. Son de fondo cuando la negación se basa en la verdad o falsedad de la relación paterno filial declarada y, de forma, cuando se objeta la validez del acto jurídico, como serían la falta de elementos fundamentales del acto jurídico (Palacio, 2004).

Respecto a los titulares para impugnar el reconocimiento, nuestra legislación civil es clara al establecer en el artículo 399 que pueden impugnar los padres que no intervienen en el reconocimiento, el propio hijo o sus descendientes en caso haya muerto y, finalmente, por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395 del Código Civil, en el sentido de que el reconocimiento no está sujeto a modalidad y es irrevocable.

Asimismo, esta acción se debe interponer en el plazo de 90 días contados desde el momento en que se tuvo conocimiento del reconocimiento (artículo 400 del C.C.) y, dentro de un año cuando la impugnación es ejercida por el hijo menor de edad o incapaz, contados desde el momento en que cumple la mayoría de edad o cuando cesa la incapacidad, respectivamente (artículo 401 del código sustantivo).

**b. Declaración judicial de la filiación extramatrimonial**

Consiste en la determinación judicial de la filiación extramatrimonial mediante una sentencia declaratoria de paternidad o maternidad.

En cuanto a la titularidad de esta acción, el Código Civil señala en su artículo 407 que le corresponde sólo al hijo; sin embargo, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre de su primogénito, durante la minoría de este. Además, no es transmisible a los herederos del hijo, salvo que este haya dejado iniciado el juicio. Así también, se interpondrá esta acción contra el padre o la madre o contra sus herederos si alguno hubiese muerto (artículo 405 y 411 del C.C.).

Respecto al juez competente, el artículo 408 del código sustantivo prescribe que se ejerce ante el juez del domicilio del demandado o del demandante. Y, además, no hay término para accionar a fin de reclamar la filiación extramatrimonial, es decir, no caduca (artículo 409 del C.C.).

Asimismo, cabe precisar que en nuestra legislación se contempla la investigación judicial de la maternidad, sin embargo, no abordaremos



este punto por ser de nuestro interés la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial.

Primigeniamente, el artículo 402 del anterior Código Civil contemplaba cinco casos para poder admitirse la investigación judicial de la paternidad y el artículo 475 del Código Procesal Civil establecía que las demandas de filiación extramatrimonial debían tramitarse en la vía del conocimiento por las dificultades probatorias que conllevaba determinar la paternidad, sumado a la inobservancia de los avances científicos como las pruebas de ADN para demostrar la filiación.

Sin embargo, en el año 1999, mediante la promulgación de la Ley N° 27048, modificada por la Ley N° 28457 del 07 de enero del 2005, se advirtió la contundencia e importancia de la prueba de ADN en los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, en vista de la certeza que podía generar en el juez los resultados de la prueba de ADN, además de la necesidad de proteger el interés superior del niño y del adolescente.

En ese sentido, resultó innecesario seguir tramitando en un proceso de conocimiento las demandas de filiación extramatrimonial, de allí que se regule un proceso especial, a través de la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, la cual trataremos más adelante.

Estando a lo expuesto, los casos establecidos en nuestro actual código sustantivo, son:

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

- *Cuando exista escrito indubitado del padre que lo admita.*

Se entiende como escrito indubitado cualquier documento, público o privado, donde el supuesto padre reconozca serlo respecto de su propio hijo; por ejemplo, actuados judiciales por alimentos, una partida de bautizo con la firma del supuesto padre, o cartas del supuesto padre al presunto hijo en donde señale inequívocamente al hijo.

- *Cuando el hijo se halle o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante de hijo extramatrimonial.*

Esa posesión de estado implica un verdadero reconocimiento, pues el padre trata al hijo como suyo, lo reconoce como tal ante su familia e incluso ante la sociedad, lo educa y además lleva su apellido. Para ello, esta posesión de estado debe probarse con hechos exteriores, notorios y públicos que evidencien la relación de padre e hijo.

- *Cuando el supuesto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción.*

Se considera que existe concubinato cuando un varón y una mujer sin estar casados hacen vida de tales durante la etapa de la concepción, es decir, durante los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo, debiendo desarrollarse paralelamente la unión de hecho en ese lapso de tiempo.

- *En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer cuando la época del delito coincida con el de la concepción.*

Al respecto, Palacio (2004) manifiesta que una condición *sine qua non* para que proceda la acción es que el supuesto padre haya sido

condenado previamente por el respectivo delito para acreditarse la comisión del ilícito y la responsabilidad del inculcado. Posición que compartimos, ya que, para determinar la filiación judicial de paternidad extramatrimonial, bajo esta causal, debe demostrarse en principio la culpabilidad del supuesto padre.

Asimismo, el Código Civil ha previsto en su artículo 413, modificado por la Ley N° 27048, que es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica de igual o mayor grado de certeza cuando son varios los autores del delito. En ese sentido, la paternidad de uno de los demandados será declarada – además si se negaran a someterse a alguna de las pruebas– sólo si alguna de ellas descartase a los demás. Finalmente, precisa que quienes se nieguen a realizarse alguna de las pruebas responden solidariamente con la obligación alimentaria.

- *En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.*

La seducción en el fuero civil, es entendido como la astucia, el engaño, el enamoramiento que emplea el hombre para tener intimidad sexual con una mujer (Aguilar, 2013). Y, respecto a la promesa de matrimonio, ésta tiene que darse antes de la realización del acto carnal con el demandado, requiriéndose que dicha promesa conste indubitablemente.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

- *Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas de igual o mayor grado de certeza.*

En todos los supuestos señalados, el juez los desestimaré siempre que se haya realizado un examen genético o científico con igual o mayor grado de certeza.

# CAPÍTULO III

### **CAPÍTULO III: CRITERIOS QUE PERMITEN CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE.**

#### **3.1. DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE EN EL DERECHO COMPARADO**

##### **3.1.1. ARGENTINA**

Argentina es uno de los pocos países que cuenta con mayor doctrina, jurisprudencia y legislación respecto al daño moral causado al hijo no reconocido por su padre. Esta falta de reconocimiento configura un hecho ilícito que perjudica al menor de edad, dado que el padre tiene el derecho y deber de educar y cuidar a sus hijos de acuerdo a la norma constitucional argentina.

Para empezar, la mayoría de autores de este país consideran que la filiación por parte del padre en relación a sus hijos menores de edad es un deber legal y moral, siendo que toda conducta omisiva se considera antijurídica. En el caso de la falta de reconocimiento de un hijo propio, constituye un acto ilícito.

Gregorini, Molina y Viggiola (como se citó en Howard, 2016) afirman:

El no reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial es reprochable jurídicamente, ya que el deber de reconocer al hijo es un deber jurídico, aunque el reconocimiento como acto jurídico familiar sea voluntario. El nexo biológico implica responsabilidad jurídica, y quien, por omisión, lo evade, viola el deber genérico de no dañar, por tanto, asume responsabilidad por los daños que cause a quien tenía derecho a esperar el cumplimiento de dicho deber general (p. 179).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Es decir, los tres autores argentinos coinciden en afirmar que la persona que omite reconocer de manera espontánea a un hijo propio, estaría incumpliendo no solo el deber jurídico de reconocerlo, sino también el deber general de no causar daño a otro; pues el no reconocimiento, ya sea por negativa u omisión, ocasiona daño.

Si bien el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral voluntario, ello no significa que se deje a discreción del sujeto responsable, dado que este tiene el deber de efectuar dicho reconocimiento para no incurrir en responsabilidad.

En ese sentido, Perrino (2006) sostiene: “El reconocimiento del hijo por parte del padre no es una facultad graciosa otorgada por la ley de la que puede hacer uso o no, es decir, abstenerse lícitamente” (p. 1470).

Por su parte, Medina (2015) entiende que la acción dolosa o culposa de un padre al no reconocer a su hijo es ilícita, por el cual se le ocasiona un daño, ya sea patrimonial o no patrimonial, en donde es necesario que exista una relación de causalidad entre el hecho causante y el daño causado.

Si bien, la omisión de reconocimiento de un hijo por parte de su padre no está regulada de manera expresa como un hecho ilícito, autores argentinos como Perrino (2006) consideran que dicha situación es, sin lugar a dudas, una conducta antijurídica.

En ese sentido, resulta evidente que aquel progenitor que contravenga a sus obligaciones mediante una conducta dolosa o culposa, debe responder

mediante una indemnización por los daños que ocasionaron su conducta omisiva.

Ahora bien, respecto a la obligación de indemnizar los daños causados al hijo por el no reconcomiendo de su padre, existe dos posiciones al respecto: la tesis positiva y la tesis negativa.

La primera, es la tesis mayoritaria actualmente, la cual se aplica unánimemente y permite la indemnización de los daños por el no reconocimiento del hijo propio. Medina (2008) sostiene que esta tesis se fundamenta no solo en la responsabilidad civil del padre por el perjuicio ocasionado a su hijo extramatrimonial por el no reconocimiento espontáneo, sino también se basa en el derecho a tener una filiación de todo hijo, el mismo que es reconocido en las leyes internas de la mayoría de los ordenamientos jurídicos, por no decir todos, además de ser reconocido y tutelado por diversos convenios e instrumentos a favor de los niños.

Agrega Dutto (2006): “(...) el daño ocasionado por el hogar antijurídico y la frustración que ello acarrea no puede eximir de responsabilidad” (p. 31). Asimismo, los defensores de esta tesis sostienen que, a diferencia de la tesis negativa, en esta debe emplearse los principios de la teoría general del Derecho Civil.

Por otro lado, la tesis negativa, contrario a la primera, es asumida por una posición minoritaria, donde no se acepta la posibilidad de otorgar una reparación por el daño que ocasiona un padre a su hijo al no reconocerlo. Esta tesis restrictiva se basa en que, de permitir otorgarse una indemnización,



podría originar muchísimas demandas en donde los hijos no reconocidos reclamen por los daños ocasionados.

Además, los pocos defensores de la tesis negativa argumentan que quienes la adoptan lo hacen para evitar que surja alguna obstaculización entre los lazos de amor de hijo y padre. Como bien lo señala Medina (2008): “(...) el verdadero interés del menor está en lograr que el padre lo trate como hijo, que repare su daño y su historia, y que sus acciones, en lugar de favorecerlo, empeora el conflicto” (p. 149).

No obstante que esta tesis se ha ido debilitando, los que sostiene esta posición argumentan que el reconocimiento no es un acto obligatorio, sino voluntario; y que sería inmoral que se pretenda lucrar a costa de una demanda indemnizatoria realizada a otro miembro de la familia.

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con esta tesis, al sostener que sería inmoral el hecho de que una persona reclame reparación a otro miembro de la familia, es decir, ¿se debería negar una indemnización dado que las partes tienen un vínculo de parentesco directo? Esto es ilógico, dado que realmente sería más lesivo e inmoral no indemnizar a una víctima por el daño ocasionado por parte del lesionante, dejándonos llevar solo por el vínculo de parentesco que los une.

Siendo así, el no reconocimiento de un hijo propio vulnera derechos fundamentales de este último, como el derecho a la identidad, a tener un nombre, el derecho a conocer su origen, así como el tener una filiación. Por lo que la relación filiatoria tiene que ser establecida de manera responsable.

En relación a lo anterior, podemos advertir que la vulneración a los derechos antes mencionados le faculta al hijo demandar por resarcimiento del daño moral ocasionado por su padre, en base a lo regulado en el Código Civil y Comercial Argentino (en adelante CC y C), en el Libro Segundo, Título V, Capítulo 7, artículo 587 sobre la reparación del daño causado, que señala expresamente: **“El daño causado al hijo por la falta del reconocimiento es reparable (...)”**.

Por su parte, Córdoba (2016) también se ha pronunciado al respecto, refiriendo que cuando un hijo crece sin conocer ni tener presente la figura paterna, ello altera su equilibrio emocional ante la carencia de afecto y la falta de su reconocimiento; pues toda persona tiene derecho a conocer su *status filial* correspondiente.

Por tanto, no cabe ninguna duda que la negativa del padre de reconocer a su hijo permite que este puede accionar contra aquel por el daño ocasionado, siempre que se reúnan los requisitos prescritos en el Capítulo 1, Título V, Libro Tercero del código en mención, ello en razón de que el daño causado al hijo parte de la vulneración del *deber general de no dañar a nadie*, el cual está prescrito en el artículo 1716 del mismo código.

Es así que, frente a la conducta omisiva del padre, se tiene que resarcir íntegramente el daño moral producido por éste.

Por otro lado, la jurisprudencia no ha sido ajena a abordar esta problemática, pues cabe mencionar que tiene como antecedente primigenio un caso desarrollado por la Magistrada Delma Cabrera, quien en el año 1988

resolvió declarando procedente una demanda de indemnización por daño moral frente al no reconocimiento de una persona como hijo legítimo.

A partir de la fecha se empezó a desarrollar doctrina y jurisprudencia al respecto, y dado a que no existía una norma expresa que regule dicha situación, el legislador advirtió la necesidad de regularlo en el Código Civil y Comercial (artículo 587), para dar relevancia a la procedencia de acciones indemnizatorias por daño moral.

Por ello, es importante analizar algunas sentencias en relación al daño moral reclamado por el hijo no reconocido por su padre, entre ellas tenemos:

- a. Expediente N° 102350, de fecha 17 de octubre del 2016 (FJ. 7), que contiene la sentencia emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, en Argentina.**

En el referido expediente los magistrados señalan que el no reconocimiento de paternidad ocasiona una afectación moral a la actora (hija) lesionando sus derechos y atributos de su personalidad, los mismos que tienen contenido extrapatrimonial, no requiriéndose medio de prueba para demostrar el daño moral, pues, ello se demuestra con la sola conducta antijurídica del progenitor.

Asimismo, se valora el grado de afectación psicológica realizado por un perito especializado, ya que en dicho informe se señala que la ignorancia de no conocer a su progenitor le ocasionó un estado de aflicción equivalente en un 30%. Siendo así, se concluyó que el monto

de indemnización por daño moral solicitado por la recurrente, fijado en \$200,000.00 pesos argentinos, está sujeto a derecho.

- b. Expediente N° 61585/10, de fecha 26 de octubre del 2016 (FJ. 9), que contiene la sentencia emitida por la Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en Buenos Aires.**

En este expediente, si bien el Tribunal reconoce que el demandado tiene el deber de indemnizar el perjuicio extrapatrimonial causado a su hijo por negarse a establecer de manera voluntaria la filiación, puesto que su conducta, ya sea dolosa o culposa, constituye un acto antijurídico, de acuerdo al artículo 1717<sup>1</sup> del CC y C.; sobre todo resaltamos lo argumentado por los magistrados, al sostener:

El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación [y para tenerla, debió haber sido reconocido], de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a la identidad individual y familiar, además de la existencia de un Principio fundamental, el Interés Superior del Niño (...) (p. 4).

Siendo que la vulneración de derechos fundamentales de por sí configuran un daño moral, sin perjuicio de la producción de otros tipos de daños que pudieran ocasionarse y acreditarse.

Asimismo, los magistrados determinaron que la edad del niño no constituye un parámetro determinante para delimitar la cuantía de la compensación que le corresponde asumir al padre del menor, pues, la ausencia de la figura paterna en la vida de cualquier niño, durante los 6

---

<sup>1</sup> Artículo 1717.- Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

primeros años de su vida, produce la vulneración a su derecho de la identidad, el cual, a su vez, implica otros. Por tanto, se estableció que el demandado deberá pagar a favor de su menor hijo la suma de \$150,000.00 pesos argentinos.

- c. Expediente N° 40744/9, de fecha 05 de abril del 2017 (FJ. 14), que contiene la sentencia emitida por la Sala de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, en Argentina.**

En el citado expediente, se hace mención que la demanda interpuesta por indemnización de daño moral por falta de reconocimiento del vínculo biológico, fijada en \$ 50,000.00 pesos, ha sido acogido de manera favorable; la misma que a pesar de haber sido apelada, solamente fue estimada de manera parcial respecto al monto, reduciéndose a \$ 40,000.00 pesos.

Esta sentencia refiere que para el desarrollo de la misma se recurrió al artículo 587 del CC y C, a la doctrina y jurisprudencia desarrollada, pues estas dos últimas, y aun sin que esté vigente el artículo indicado, ya se admitía la existencia del daño que se ocasionaba al hijo ante la ausencia de ser reconocido como hijo legítimo, sin necesidad de exigirse prueba, ni requerir que se configure el dolo por parte del sindicado como responsable, por lo que el hijo tenía derecho a una reparación, puesto que se vulnera el derecho a su identidad, a ser reconocido, el derecho de conocer sus orígenes, a obtener un reconocimiento filiatorio y de reclamar su filiación judicialmente.

Asimismo, es interesante porque en el desarrollo de la sentencia, se cita doctrina respecto a ciertos aspectos que se debe tener en cuenta para determinarse el quantum indemnizatorio que se origina por el no reconocimiento, vale mencionar los siguientes: i) La edad que tenga el menor y el impacto especial en la etapa de la adolescencia; ii) El plazo que ha transcurrido desde la negativa paterna; iii) La aptitud que tiene el padre durante el proceso; iv) La demora en iniciar la acción de filiación por parte de la madre; v) La situación social en la que se encuentran los padres.

### **3.1.2. CHILE**

Antes de empezar a desarrollar el tratamiento que se le da al daño moral ocasionado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, es importante conocer cómo está conceptualizado el daño moral a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

En el Código Civil chileno, no existe regulación expresa respecto a la idea de daño moral, ni de su indemnización; pero sí se conciben normas que reglamentan los efectos de las obligaciones [Título XII, del Libro IV de las Obligaciones en general y de los Contratos].

Podemos apreciar que el artículo 1556 del Código Civil, dispone:

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Si bien, el mencionado artículo no se refiere expresamente al daño moral, se sostiene que la indemnización se circunscribe al “daño emergente” y “lucro cesante”, ambos en materia contractual; es decir, ambas expresiones tendrían por objeto delimitar la reparación solamente a las repercusiones patrimoniales, excluyéndose la indemnización del daño moral (Tomasello, como se citó en Jana y Tapia, 2001). En ese sentido, si bien no lo regula, tampoco prohíbe su reparación.

Asimismo, se tiene el artículo 1559 del mismo cuerpo legal, del cual se entiende que, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de los perjuicios ocasionados queda sujeta a la evaluación legal y convencional; con lo que se advierte que la reparación se limita solo a los daños materiales.

Se puede advertir que el Código Civil chileno no regula ni la idea de daño moral, ni su indemnización. No obstante, ello no es óbice para rechazar la procedencia de una demanda de reparación por daño moral, pues de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia chilena –a pesar de haber desarrollado estos temas con menor intensidad a diferencia de otros sistemas jurídicos– estas sí han aceptado indemnizar el daño moral, en los dos ámbitos de la responsabilidad civil: contractual y extracontractual.

Ahora, a nivel doctrinal, inicialmente se sostiene que el daño moral consiste en el sufrimiento, dolor o molestia que se ocasiona a los sentimientos, creencias o afectos de un sujeto a causa del hecho ilícito de un tercero, como atentar contra el honor de una persona, la defunción de un familiar, etc.

Posteriormente, se postuló que el daño moral “supone una lesión a un derecho y un efecto expansivo que penetra la intimidad emotiva y los sentimientos” (Rodríguez, como se citó en Otárola, 2012, p.36). Esto es, para que el daño moral sobrevenga debe haberse vulnerado los derechos subjetivos de la víctima, sean patrimoniales o no, que afecten sus sentimientos. El autor realiza una definición en base a las consecuencias y efectos del daño moral.

Actualmente, se sustenta que: “El daño moral debe ser definido del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica–, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales” (Domínguez, 1998, p. 39). De lo que se colige que cualquier atentado (a los derechos de la personalidad, al aspecto corporal o psíquico) que se ocasione a la esencia de la persona siempre constituirá daño moral.

Como se advierte, la doctrina no es unánime al definir el daño moral, pues, para unos, se genera cuando se ocasiona dolor o sufrimiento, o cuando la consecuencia dañosa es producto de un perjuicio moral puro –aquel que no altera de manera directa en el patrimonio–; mientras que, para otros se configura cuando se lesiona los derechos subjetivos extrapatrimoniales. Sin embargo, Otárola (2012) sostiene que según la más reciente doctrina chilena se puede concluir:

El concepto de daño moral se ha tornado más amplio, (...) que tiende a amparar todos los intereses de la persona y en toda su extensión, lo que significa que estamos en el camino de reparar todo el daño, considerando a la persona como ser integral (p. 37).



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Por otro lado, a nivel jurisprudencial, al inicio hubo una negativa de aceptarse el resarcimiento por daño moral, dado que no estaba regulado en el Código Civil. Es así que, la indemnización solamente alcanza a los perjuicios patrimoniales a finales del siglo XIX; mientras que, a inicios del siglo XX recién surgen las primeras sentencias positivas sobre responsabilidad extracontractual. Siendo que la reparación por daño moral se empezó aceptar, primero, en materia extracontractual y, luego, contractual.

Al igual que en la doctrina, en la jurisprudencia no existe una única definición de daño moral, dado que un grupo niega la autonomía del daño moral, y otras posturas la consideran como una categoría amplia de perjuicio que abarca todas las consecuencias dañosas ocasionadas a la víctima en sí misma (Otárola, 2012).

Dicho lo anterior, ahora sí nos introduciremos al tema que más nos interesa. Este país cuenta con escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial en relación al daño moral ocasionado al menor de edad no reconocido por su padre, no obstante, parte de la doctrina postula la idea de manera implícita que el progenitor tiene el deber de reconocer a sus descendientes (hijos), en consecuencia, esta omisión constituye un acto antijurídico, y al acreditarse el daño junto a los demás presupuestos de la responsabilidad extracontractual no habría inconveniente en que se apliquen los mismos en materia del Derecho de familia, específicamente en las relaciones paterno filiales.

Si bien los derechos familiares constituyen derechos no patrimoniales, ello no es impedimento para solicitar una indemnización por los daños que

surjan de los vínculos familiares, en ese sentido el principio general de no dañar a nadie no se sustrae de las relaciones de familia (Corral, 2014).

Cabe precisar que el Código Civil chileno, en el segundo párrafo de su artículo 197, estipula: “La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado”. De esta norma se desprende la facultad del progenitor de pedir indemnización por los perjuicios derivados de una filiación de mala fe. Sin embargo, no se ha regulado una norma que permita al hijo reclamar resarcimiento por daño moral causado por el no reconocimiento de su padre.

Ello no implica que esté prohibido, pues a nivel jurisprudencial se dictó una sentencia recaída en el Rol N° C-9243-2012 (FJ. 16), de fecha 27 de diciembre del 2013, expedida por el 10° Juzgado Civil de Santiago, donde la demandante pidió que se le indemnice por los daños y perjuicios ocasionados por su progenitor. Al respecto, si bien no existe norma expresa que prohíba la aplicación de los elementos de la responsabilidad civil (antijuricidad, daño, dolo o culpa, y nexo causal) en materia de familia, la Juez consideró aplicable dichos elementos al caso, pero refiere que es necesario la concurrencia de todos ellos para que surja la obligación de resarcir.

En ese sentido, en el caso en concreto, al no haberse configurado el requisito de dolo o culpa en la conducta del demandado al no tener noción de la existencia de la recurrente, se resolvió rechazar la demanda.

El aporte de esta sentencia es útil, pues a pesar de haber sido rechazada, la magistrada aplicó los requisitos de la responsabilidad extracontractual en materia de indemnización de perjuicios por el daño que implica el no reconocimiento de un hijo; sirviendo como precedente para las futuras demandas resarcitorias que se accionen en este país.

### **3.1.3. COSTA RICA**

Es conveniente empezar diciendo que el tema de daños en materia de derecho de familia en Costa Rica no ha sido desarrollado completamente, dado que existen muchas pretensiones concernientes a la responsabilidad civil en materia de familia que no son reclamadas. Por ejemplo, lo más común que se demanda es daños y perjuicios ocasionado por un divorcio.

Dicha situación se da porque varios litigantes desconocen la posibilidad que tienen de poder demandar indemnización ante ciertas situaciones, o también porque ciertos magistrados, al no existir norma expresa que los respalde, dudan en aplicar el derecho, pues hacen una aplicación literal de las leyes, sin analizar íntegramente el ordenamiento.

Asimismo, muchos de los abogados que se consideran “cautelosos”, que al no haber precedentes jurisprudenciales que pudieran respaldar sus pretensiones, no se atreven a solicitarlo, y ante un incorrecto asesoramiento a sus clientes, estos se quedan sin la posibilidad de realizar un reclamo válido.

Por lo general, en los distintos ordenamientos jurídicos, se aplica el principio de que todo el que cause daño a otro deberá responder. En el caso de Costa Rica, lo encontramos en el artículo 1045 de su Código Civil, que

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

expresa: “Todo aquel que, por dolo, falta, negligencia o impudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Ello en razón de que se respete a los integrantes de la familia, y no se exima de responsabilidad por ningún motivo injustificado a la persona –miembro de la familia– que causó daño a otro miembro de la misma.

Ahora bien, en el caso costarricense, respecto al tema de los daños producidos por falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, tanto el hijo como la madre están facultados para solicitar la reparación de dichos daños. La demanda lo puede iniciar el hijo al cumplir la mayoría de edad, o la madre en representación de este, en el caso que aún no sea mayor de edad.

En el ámbito jurisprudencial, no se encuentran sentencias que resuelvan sobre el daño moral ocasionado por el no reconocimiento de hijo, ni tampoco presentaciones de demandas pidiendo indemnización respecto al daño generado, ello puede ser debido a la cultura machista por la que se caracteriza la sociedad, lo que genera una gran evasión de responsabilidad paterna, o por la falta de información y asesoría, sobre todo de aquellas madres solteras de bajos recursos.

Sin embargo, a continuación, analizaremos dos sentencias costarricenses que resultan de interés para aclarar un poco más el tema en cuestión (González, 2013):

### **a. Tribunal de Familia: Voto N° 1710 – 2003**

Esta sentencia trata del caso de una progenitora que tuvo un hijo extramatrimonial, siendo que el padre estuvo con la madre del menor

durante el embarazo y la ayudó esporádicamente con aportes económicos.

Enfocándonos directamente en lo que nos interesa, el Tribunal llega a la conclusión que la obligación de un padre no se origina solamente cuando su parentesco con el hijo es declarado, dado que, si el progenitor tiene conocimiento de dicha situación y contribuye, por lo menos de manera ocasional a la manutención del menor de edad, ciertamente se evidencia su proceder culposo o doloso, lo cual resulta perjudicial para el desarrollo normal del hijo. En consecuencia, el padre debería prestar interés porque se determine la paternidad y colaborar en esclarecer la filiación del menor.

Asimismo, se llegó a determinar que existe una responsabilidad familiar por parte del progenitor, la misma que debe responder a los principios de la responsabilidad civil, como es el deber jurídico general de no causar daño a otro, contenido en el artículo 1045 del Código Civil.

Finalmente, el Tribunal aclaró que como solamente se plantea la parte material de la manutención del menor de edad, únicamente puede referirse sobre ese aspecto. Ello quiere decir que, si la progenitora se hubiera atrevido a incluir una pretensión por daño moral en su demanda, ya sea a su favor o sobre todo a favor de su hijo, ello tendría fundamento legal, y posiblemente habría sido otorgado. Si bien, esta es una apreciación subjetiva, también es cierto que la legislación costarricense no lo prohíbe.

**b. Tribunal de Familia: Voto 1712 – 2013**

En esta sentencia, la madre de un hijo, producto de una relación extramatrimonial, interpuso una demanda ordinaria con la finalidad que el demandado pague por los alimentos que le corresponden a su hijo, dejados de pagar durante 15 años, esto es, desde que el menor nació hasta que se declaró la filiación de paternidad.

En este caso, el Tribunal se plantea la interrogante si la obligación del padre hacia su hijo solo nace cuando se declara la filiación de paternidad, o si la madre es la única responsable hasta que se determine quién es el progenitor del menor, o si solo es esta a quien debe interesarle la aclaración de la filiación, o esperar a que el padre del menor se interese por ello. Por tanto, considera que las situaciones planteadas se deben responder negativamente, pues todas suponen el hecho de un padre con conocimiento de que tiene un hijo, y no reacciona como un sujeto responsable, incurriendo en responsabilidad.

Asimismo, si bien las leyes no siempre desarrollan todas las problemáticas que surgen dentro de las relaciones familiares, ello es producto que el Derecho de Familia y sus conceptos están en constante evolución. Por lo que en la jurisprudencia se han venido dando respuestas a varios problemas no regulados de manera expresa en el ordenamiento jurídico.

De ello se advierte que, si se llegara a solicitar indemnización por daño moral a favor del hijo menor de edad y/o de la madre, la demanda sí

tendría fundamento legal y podría ser concedida, siempre que se den las circunstancias y existan pruebas. Pero, como en el caso en concreto, la madre del menor solo peticionó el pago de alimentos a favor del mismo, como bien lo mencionamos líneas arriba, el Tribunal no entró a analizar si procedía y correspondía la reparación por daño moral.

Si bien peticionar daños por el no reconocimiento del hijo no está regulado expresamente en las leyes costarricenses, de lo desarrollado se entiende que no hay necesidad de regular dicha situación, dado que en base al ordenamiento jurídico tanto el hijo como la madre contarían con legitimación para reclamar reparación por el actuar no responsable del padre.

Son pocos los países que en sus legislaciones regulan de manera expresa el tema en cuestión, pero ello no es óbice para reclamar indemnización por la irresponsabilidad del padre de no reconocer a su hijo. Lo ideal para el menor sería ser reconocido a temprana edad, evitando así la producción del daño moral, y para ello es importante que la madre haga saber al presunto progenitor sobre la existencia de su hijo, y que el padre se haga responsable; en caso de existir dudas, deberá esclarecerlo lo más pronto posible, estableciéndose la filiación de paternidad.

### **3.2. DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE EN EL DERECHO NACIONAL**

A diferencia de Argentina, en la legislación peruana no se encuentra norma alguna o parecida que regule sobre **el daño moral causado al hijo por la falta de su reconocimiento**; en el caso de Argentina es **reparable** (como así lo establece en

su CC y C). Mucho menos encontramos la regulación de criterios que contribuyan a la cuantificación del mismo daño.

A nivel doctrinal, ya en los capítulos anteriores hemos desarrollado temas relacionados al daño moral, advirtiendo la carencia de información y de tratamiento doctrinal de autores nacionales respecto a la problemática de la presente tesis.

A nivel jurisprudencial, sobre todo teniendo en cuenta las sentencias seleccionadas y analizadas (derivadas de los expedientes N°: 00050-2017, 00273-2017, 00213-2017) en el acápite 3.7. “CASUÍSTICA” del tercer capítulo, hemos podido verificar que los abogados solo solicitan la declaración de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y una pensión de alimentos para quien tenga legítimo interés (accesoriamente), advirtiendo que el Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Nuevo Chimbote para declarar el entroncamiento familiar entre los demandados y los hijos menores de edad no reconocidos, toma en consideración la vulneración del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, así como el derecho fundamental al nombre; sin embargo, una vez determinada esta filiación, se advierte que no solicitan el resarcimiento por daño moral causado a los menores de edad ante la falta de reconocimiento de sus padres. Siendo los justiciables los más afectados de la decisión tomada por sus abogados, dado que los primeros desconocen de las leyes y confían en sus abogados.

Cabe precisar que no es necesario de una regulación expresa acerca de los criterios que deberían aplicar los jueces al momento de fijar la cuantía resarcitoria (respecto al tema en cuestión) para la emisión de sentencias judiciales debidamente motivadas. Sino, fijémonos en la jurisprudencia argentina, donde los jueces a través de sus fallos han establecido criterios para determinar la cuantificación del daño



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

moral causado al hijo no reconocido por su padre; y, ¿por qué ello no podría suceder en el Perú?

Antes de fundamentar cuáles deberían ser esos criterios a aplicar en nuestra jurisprudencia peruana, es necesario mencionar si en Chile y Costa Rica también se desarrollan criterios.

En el derecho comparado chileno no se desarrollan criterios para fijar la cuantía resarcitoria por daño moral que sufre el hijo no reconocido por su padre; pero sí se desprende que, de concurrir todos los elementos de la responsabilidad civil, nacerá la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados al hijo no reconocido. Por tanto, no hay impedimento para iniciar una demanda de reparación por este tipo de daño.

Debe quedar claro que por el hecho de existir un vínculo familiar entre los particulares (hijo y padre), ello no es impedimento para demandar resarcimiento por los daños que surjan de dicho vínculo. Coincidimos con Corral (2014) cuando sostiene que el principio general de no dañar a nadie no se sustrae de las relaciones de familia.

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico costarricense tampoco se encuentran regulados criterios que contribuyan a fijar el daño moral en el menor de edad no reconocido. Lo más crítico es que los abogados aparentemente por desconocimiento (y con ello, el de sus clientes) no demandan resarcimiento ante este tipo de daño, al dudar que sus pretensiones sean respaldadas por los magistrados de la materia. Esto sucede porque en Costa Rica existen muchas

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

pretensiones concernientes a la responsabilidad civil en materia de familia que no son reclamadas.

Pero si la legislación costarricense no prohíbe incluirlo como pretensión, aquí pareciera que es más un tema de desconocimiento por parte de los abogados, quienes a su vez mal informan a sus clientes, dejándolos sin la posibilidad de realizar un reclamo válido (lo mismo que estaría pasando en el Perú).

Entonces, ante situaciones de evasión de responsabilidad de paternidad se debería demandar resarcimiento por el daño moral que se causa al hijo no reconocido, de lo contrario seguiremos alimentando la cultura machista que caracteriza a nuestra sociedad.

Queda claro que, de los países antes mencionados, ninguna norma prohíbe que se demande resarcimiento por daño moral causado al hijo no reconocido por su padre, para ello es necesario hacer una interpretación extensiva de la norma y realizar una ponderación de los derechos en cuestión.

Además, es cierto que las leyes no siempre desarrollan todas las problemáticas que surgen dentro de las relaciones familiares, dado que el Derecho de Familia y sus conceptos están en constante evolución. Siendo la jurisprudencia de diversos países los que han venido dando respuestas a varios problemas no regulados de manera expresa en los ordenamientos jurídicos.

### **3.3. CRITERIOS PARA CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL EN LA DOCTRINA Y OTRAS RAMAS DEL DERECHO PERUANO**

Con bien hemos mencionado en el capítulo anterior, luego de valorarse el daño moral, corresponde cuantificarlo en términos económicos, operación complicada de realizar y que le compete únicamente al juzgador.

Sin embargo, la corriente dominante de la libre discrecionalidad de los jueces (artículo 1332 del C.C.) ha llevado en ocasiones a la determinación contradictoria de cuantías indemnizatorias por daño moral en situaciones análogas. Haciendo advertir la ausencia de predictibilidad, uniformidad, e igualdad en la impartición de justicia, debido a la ausencia de baremos, tablas o directrices que uniformicen los criterios de los magistrados al momento de cuantificar el daño moral.

Siendo así, en la doctrina se han mencionado ciertos criterios para fijar el monto indemnizatorio o resarcitorio del daño moral. Al respecto, Linares (s/f) considera que aparte del criterio legal de magnitud y menoscabo, debe considerarse la edad y la situación económica del agente y la víctima. Por su parte, León (2007) sugiere valorar el grado de culpabilidad del responsable, su capacidad económica y su reincidencia en una conducta dañosa.

Asimismo, Mosset (2001) fijó ciertas reglas para establecer la cuantificación del daño moral, siendo las siguientes:

- No a una compensación puramente simbólica.
- No al enriquecimiento injusto.
- No a la tarifación con “piso” o “techo”.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

- No a una parte o porcentaje del perjuicio patrimonial.
- No a la utilización de la mera prudencia para determinar el monto dinerario.
- Sí a la diferenciación de acuerdo a la gravedad del perjuicio.
- Sí a la correlación de resarcimientos en casos semejantes.
- Sí a montos dinerarios que puedan pagarse, teniendo en cuenta la situación económica del país y el estándar de vida en general.
- Sí a la atención a las particularidades del caso: tanto de la víctima como del victimario.

Por su parte, Pretelli (como se citó en Corrales y Acevedo, 2017) señala como criterios:

- a) la gravedad del hecho que conlleva a la responsabilidad civil; b) la entidad que sufre los padecimientos de ánimo; c) las condiciones económicas, sociales y personales de las partes; d) la relación de parentesco, de casados, de convivientes que posea la víctima; y, e) el grado de sensibilidad de la persona afectada por el daño (p. 284).

Así también, Buendía (2014) desde el Derecho Laboral considera los siguientes criterios: a) la fecha de culminación del contrato laboral, así como la fecha del despido; b) verificar si el trabajo se realizaba en subordinación o autonomía; y c) en caso de accidentes de trabajo, comprobar si el empleador tenía la capacidad de prever la realización del daño en concreto.

Por su parte, Pinori y Corradi (2014) manifiestan que para la cuantificación del daño el juez debe tener en consideración el principio de la “reparación integral” como garantía de una compensación adecuada en relación a los daños efectivamente sufridos, lo que implica una valoración necesaria de los intereses contrapuestos para compensar lo exactamente perdido.

De lo anterior, podemos advertir que en la doctrina se han establecido diversos criterios para cuantificar el daño moral, siendo un aporte vital para suplir el vacío de nuestro ordenamiento jurídico, más allá de la discrecionalidad del juez.

Sin perjuicio de lo señalado en la doctrina, consideramos necesario mencionar, también, los criterios que usan los jueces en materia laboral y familia para fijar el monto dinerario que conceden en sus fallos.

**a. En el Derecho Laboral**

Hoy en día, la basta jurisprudencia por indemnización del daño moral ha permitido que en el Derecho Laboral se fijen directrices para su cuantificación, a manera de ejemplo tenemos la Sentencia N° 000185-2016-Lima, de fecha 26 de octubre del 2016, expedida por el 17° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, sobre indemnización de daños y perjuicios por despido injustificado.

En la sentencia en mención, el juez a cargo señala en su fundamento cincuenta y tres que la determinación del quantum del daño moral debe ser establecido teniendo en consideración el artículo 1332 del C.C., esto es, la valoración equitativa del magistrado cuando el daño moral no puede ser establecido en su monto preciso.

En ese sentido, manifiesta que al no existir en nuestro sistema jurídico un parámetro fijado para cuantificar el daño moral, el monto indemnizatorio debe ser justipreciado en base a la justicia y equidad, teniendo en cuenta, además, lo objetivamente causado al accionante.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Por ende, el juez a cargo considera procedente otorgar al demandante el monto de S/. 500,000.00 soles por el daño moral sufrido, atendiendo a las particularidades del caso (aflicción, desprestigio público, irreparabilidad del daño causado).

Asimismo, tenemos la Sentencia de Vista en el Expediente N° 02533-2015, de fecha 06 de setiembre del 2016, sobre indemnización por despido arbitrario, en la cual la Sala Laboral Permanente de Huancayo estableció criterios para cuantificar el daño moral, como: a) El tiempo de servicio del trabajador; b) El cargo en la institución; c) La clase y causa de despido; d) La súper protección constitucional; d) Escarnio Público; e) La contribución del trabajador para el despido; y, f) La discrecionalidad del juez (considerando veintisiete). En base a estos criterios se fijó en S/. 3,000.00 soles la indemnización por daño moral, cantidad otorgada al amparo de lo previsto por el artículo 1332 del Código Civil (criterio equitativo).

Por otro lado, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema también se ha pronunciado respecto a los criterios para cuantificar el daño moral. Así, se tiene la Casación N° 5721-2011-Lima, de fecha 02 de Julio del 2013, sobre indemnización por daños y perjuicios producto de un despido arbitrario.

En este caso, la sentencia de primera instancia fijó al demandante una indemnización de S/. 25,000.00 soles por concepto de daño moral; empero, la Sala Superior aumentó exorbitantemente el monto, fijándolo en S/. 200,000.00 soles, bajo los siguientes criterios: (i) el despido inoportuno

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

o espontáneo que repercutió en las emociones o sentimientos del demandante; (ii) la existencia de un proceso judicial para lograr la reposición a su centro laboral; (iii) la inexistencia de ingresos económicos; (iv) el criterio de equidad; y, (v) la capacidad económica del autor del daño (empleador).

Frente a estos criterios, la Corte Suprema en su considerando noveno señaló que estos no son los más apropiados, “porque la indemnización no implica la generación de riqueza del afectado ni el empobrecimiento del afectante, dado que lo que se evalúa es el daño causado y la posibilidad de su reparación integral”.

Asimismo, precisó que “la reparación no tiene por qué medir las condiciones económicas del afectante, pues ello supondría establecer la indemnización atendiendo al causante del daño y no a la víctima del mismo, quien es el que sufre las perturbaciones de ánimo y los padecimientos afectivos”.

Por tal razón, la Corte Suprema concluyó que el monto establecido por la Sala Superior es excesivo y ordenó su reducción, equivalente a la mitad de lo entregado por lucro cesante; además, tomó en cuenta las características vitales del trabajador (edad) al tiempo en que sucedieron los hechos.

Cabe mencionar que en el Pleno Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral (2018) realizado en Chiclayo, se acordó que en los casos de despido

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

incausado o fraudulento la cuantía del daño moral tendría que fijarse con prudencial razonamiento de equidad, conforme al artículo 1332 del C.C.

Siendo así, estando a los pronunciamientos dados por las instancias jurisdiccionales, así como el pleno jurisdiccional mencionado, advertimos que, en el Derecho Laboral para cuantificar el daño moral se toma en cuenta, en principio, el criterio equitativo regulado en el artículo 1332 del C.C., así como, las características personales del trabajador como la edad y el sexo.

Asimismo, se considera la discrecionalidad del juzgador, el tiempo de servicio, el desprestigio o escarnio público y la aflicción producida. Precisándose, que en los casos de despido arbitrario no interesa la capacidad económica del empleador afectante, sino tratar de valorar la magnitud del sufrimiento padecido por el trabajador.

**b. En el derecho de familia**

En los casos de daños al cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho o divorcio, nuestra legislación, en el artículo 345-A del Código Civil faculta al juez a fijar una indemnización por daños (entiéndase daño moral) incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes a la sociedad conyugal.

De esta manera, en la sentencia recaída en el Tercer Pleno Casatorio Civil, con carácter de precedente vinculante, (Casación N° 4664 – 2010 – Puno, de fecha 18 de marzo del 2011) se ha considerado pertinente seguir ciertos criterios para otorgar la indemnización o adjudicación de bienes al cónyuge perjudicado. Así, la Corte Suprema establece que del proceso



**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

deben verificarse y establecerse las pruebas, indicios o presunciones que demuestren la condición de cónyuge más perjudicado como resultado de la separación de hecho o del divorcio.

Para ello, en el caso concreto, el juez apreció si se establecieron algunas de las siguientes circunstancias:

- a) El grado de afectación psicológica o emocional.
- b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar.
- c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad.
- d) Si ha quedado en una situación de desventaja económica con relación al otro cónyuge y la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

Estando a lo establecido en el Tercer Pleno Casatorio mencionado, en la Casación N° 5060- 2011- Huaura, de fecha 14 de noviembre del 2012, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, establece en S/. 5,000.00 soles el monto de indemnización por el daño moral causado al cónyuge más perjudicado, señalando en su fundamento décimo cuarto, que la cuantía indemnizatoria debe ser fijado con criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción.

En ese sentido, señala que la indemnización no puede representar un monto irrisorio o simbólico, pero tampoco debe constituir un enriquecimiento injusto que represente “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Aunado a ello, se considera que tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que la indemnización debe estar acorde con el caso concreto, con la gravedad del daño moral y otras circunstancias como la condición de salud, la edad, la posibilidad del cónyuge perjudicado de reinsertarse a su empleo anterior, la dedicación y cuidado de los hijos menores de edad y al hogar, la duración del matrimonio y de vida en común, el abandono del otro cónyuge, así como, las condiciones sociales, económicas y culturales de ambos cónyuges.

En este punto se advierte que se puede fijar el quantum indemnizatorio en base a criterios objetivos, teniéndose en cuenta entre otros factores, la edad de la persona que soportó el perjuicio, la capacidad económica del responsable del daño, la duración del perjuicio y las demás situaciones personales de la víctima del daño (Cas N° 2450-2010-La Libertad, de fecha 15 de junio del 2011, emitido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia).

En resumen, de los diversos fallos judiciales, advertimos que se toma en consideración reiteradamente el criterio equitativo (artículo 1332 del C.C.), así como aspectos referidos al agente y la víctima para justificar el monto dinerario, lo cual permite que cualquier ciudadano al leer una resolución judicial, si bien puede no estar de acuerdo con el fallo, sabrá que la decisión adoptada se ha debido a distintos factores demostrados y que eran de conocimiento de las partes y no a un criterio reservado y discrecional del juez.

En tal sentido, estando a los criterios establecidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, consideramos necesario tomar en cuenta ciertos criterios como la edad, la afectación emocional y psicológica de la víctima para emplearlas también en los casos de resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, a fin de no caer en la redundante utilización de la discrecionalidad que la norma faculta al juez.

Finalmente, además de los criterios mencionados es necesario fijar otros que contribuyan a la motivación del monto que se otorgue al menor perjudicado, que a su vez justifique la discrecionalidad del magistrado.

### **3.4. ¿CUÁLES SERÍAN LOS CRITERIOS QUE PERMITAN CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE?**

Como bien lo hemos señalado, en el derecho nacional peruano hay una ausencia de criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo no reconocido por su padre, por ello, propondremos y fundamentaremos qué criterios debería tener en cuenta el magistrado al momento de fijar la cuantía resarcitoria respecto al tema en cuestión.

Partiremos del desarrollo de los derechos fundamentales que se vulneran al hijo menor de edad no reconocido por su padre –como primer criterio–, dado que es aquel quien se ve perjudicado en sus derechos, como: a la identidad, al nombre, a tener una familia, a conocer a sus padres, entre otros que veremos más adelante,

y, esto porque al no presentar una situación de filiación clara no podrán gozar de todos ellos.

Siendo así, a efectos de resolver la problemática planteada en la presente tesis, analizaremos aquellos derechos vulnerados del hijo menor de edad no reconocido, que podrían ser tomados en cuenta como criterios, que permitan contribuir a cuantificar el daño moral causado a los mismos. Además, fundamentaremos si el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, entre otros, podrían ser considerados también como criterios.

Es menester mencionar que el fundamento de nuestro sistema jurídico y en el caso de los derechos fundamentales es la dignidad humana, pues, sin su ejercicio la persona no podría ser considerada como tal. Su regulación en el Perú, lo encontramos por primera vez en el artículo 1 de nuestra actual Constitución Política de 1993, que prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Podemos apreciar que son dos las exigencias de este artículo (Gutiérrez, 2013): por un lado, la defensa de la persona humana, que refiere que todos los miembros de la comunidad tenemos el deber de reaccionar frente a humillaciones o ataques contra cualquier ser humano; por otro, el respeto de su dignidad, la misma que comprende tanto la protección de las personas como su libertad plena, haciendo alusión además a su desarrollo y realización de acuerdo a sus planes de vida.

Sarlet afirma que “la dignidad es la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad” (como se citó en Manrique, 2013, p. 93). Ello implica

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

garantizar el desenvolvimiento y desarrollo de toda persona evitando cualquier acto inhumano en su contra.

En nuestro ordenamiento constitucional peruano, la dignidad humana puede ser entendida como derecho, principio, o como valor constitucional superior.

En principio, se considera como núcleo o valor básico que fundamenta los derechos humanos o fundamentales. Ello corroborado en diversos expedientes, como el N° 1956-2004-AA/TC – Lima, del 05 de octubre del 2004, donde el Tribunal Constitucional, en su fundamento cuarto, considerando a la dignidad como valor superior, refiere que la misma “fundamenta el contenido de cada derecho fundamental, impone al Estado diversas obligaciones, tanto de promoción como de protección”.

Asimismo, es considerado un derecho y principio. Ello lo extraemos del expediente N° 0017-2008-PI/TC – Lima, del 01 de julio del 2010, en donde el Tribunal Constitucional, en su fundamento primero señala: “el principio-derecho de dignidad humana está orientado a la cobertura de una serie de necesidades básicas que permitan garantizar la autonomía moral del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad”.

La dignidad humana nos obliga a respetar, proteger y no avalar ninguna actividad o comportamiento que trate al individuo de modo indigno, como medio, cosa u objeto.

En ese sentido, la dignidad humana involucra un conjunto de derechos y deberes fundamentales, que debe garantizar a todo ser humano vivir sanamente con las mínimas condiciones, haciendo viable y promoviendo su activa participación,

tanto en el destino de su propia existencia como el hecho de poder desarrollarse en unión con otras personas.

Así, todo niño tiene derecho a conocer a su padre, pero al no darse ello, se estaría atentando contra la dignidad del menor de edad. Lo correcto sería que pueda conocer a su progenitor a través de un reconocimiento voluntario de paternidad, de lo contrario, mediante una investigación de filiación, protegiendo a los menores de edad de los abusos del Estado y de los particulares. Como bien señala Varsi (2006) es indiscutible afirmar que “la dignidad del menor de edad -sin padre- está en un mejor nivel que los derechos del supuesto progenitor que no reconoce a su propio hijo” (p. 88).

En consecuencia, por dignidad humana todo ser humano tiene derecho a ser valorado en igualdad de condiciones por el hecho de ser persona, y no ser sometido a tratos humillantes ni discriminatorios. En el caso del hijo no reconocido por su padre, como ser digno que reconoce la Constitución, es merecedor a gozar de sus derechos fundamentales, como a la identidad.

### **3.4.1. CRITERIO 1: DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS DEL HIJO**

#### **a. Derecho a la identidad**

Todas las personas somos sujetos individuales con cualidades propias e innatas que nos distinguen de los demás, y junto con la filiación –entendida como el vínculo biológico y jurídico que une al hijo con sus padres– se constituye el derecho a la identidad, el cual está reconocido a nivel nacional e internacional, jurisprudencial y doctrinal.

En el marco nacional, el derecho a la identidad está consagrado de manera general en el artículo 2, inciso 1, de nuestra Constitución Política: “Toda persona tiene derecho (...) **a su identidad** (...)”.

Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, regula en su artículo 6: “El niño y adolescente tienen **derecho a la identidad**, lo que incluye el derecho a tener un nombre, adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos (...)”.

Por otro lado, en el marco internacional, el derecho a la identidad está consagrado en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a **preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas (...)”.

Con los dispositivos normativos nacionales e internacionales mencionados precedentemente, podemos advertir el reconocimiento fundamental del derecho a la identidad de toda persona, así como el deber que tiene el Estado Peruano de garantizar la eficacia, protección y preservación de este derecho frente a transgresiones o restricciones que pueda ejercer el mismo mediante sus órganos y su legislación, o por parte de cualquier sujeto.

Así también, a nivel jurisprudencial, en el Expediente N° 002688-2008 – Lima, de fecha 13 de noviembre del 2008, la Sala Constitucional

y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en su considerando octavo, señala:

(...) **el derecho a la identidad** debe ser entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en ese sentido, este derecho debe ser protegido en sus dos aspectos: el *estático*, que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y estado civil), y, el *dinámico*, el cual es más amplio e importante, pues está referido a que el ser humano conozca cuál es su verdad personal (de carácter espiritual, psicológico o somático) que permitan identificarlo, así como aspectos de índole familiar, ideológico, cultural, religioso o político que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada persona (...).

Por su parte, en el Expediente N° 02273-2005-HC (Caso Karen Mañuca) – Lima, de fecha 20 de abril del 2006, el Tribunal Constitucional Peruano, en su considerando veintidós, puntualizó:

(...) Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad, entendido como el derecho que tiene toda persona para ser reconocida estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, es el derecho a ser individualizado conforme a rasgos distintivos de carácter objetivo (nombres, seudónimos, herencia genética, registros, etc.); así como rasgos de carácter subjetivo que derivan del comportamiento y desarrollo personal (ideología, identidad cultural, reputación, valores, etc.).

En esa misma línea, en el Expediente N° 13331-2013 – Santa, de fecha 24 de abril del 2011, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en su considerando sexto sostiene:

**El derecho a la identidad** conlleva esencialmente la idea de que todo individuo sea identificado plenamente dentro de un grupo social, nacional, familiar y étnico, que lo caracteriza y lo hace único, así como sujeto de una gran diversidad de relaciones jurídicas que implican derechos y deberes (...).



Desde la perspectiva jurisprudencial, podemos inferir que la identidad está sustentada en aspectos objetivos o estáticos (nombre, apellido, personalidad, etc.) y subjetivos o dinámicos (origen biológico, costumbres, cultura, ideología, etc.), los cuales permiten individualizar a la persona de los demás integrantes de una colectividad.

Ahora bien, la doctrina no es ajena al tratamiento del derecho a la identidad. En efecto, Espinoza (2012) refiere que el derecho a la identidad personal es una situación jurídica en la que se ampara la identificación de un sujeto, así como su proyección personal, cultural y social que lo distinga de los demás.

Pues, todo individuo como ser único, irrepetible y distinto al resto busca que se le identifique, reconozca y respete de acuerdo a su intrínseca manera de ser en su relación con otros (Mesía, 2018).

Fernández (2002) afirma que: “el derecho a la identidad personal es el conjunto de caracteres y atributos que permiten individualizar a una persona en sociedad, pues estos rasgos de la personalidad de cada sujeto se proyectan hacia el exterior haciéndolo único” (p. 112).

Por su parte, Chunga (2012) refiere que el derecho a la identidad implica reconocer que ningún sujeto es idéntico a otro; por ende, debe ser considerado no sólo como una garantía para obtener un nombre y una nacionalidad, sino también para respetar la personalidad y costumbre de los niños y adolescentes.

Asimismo, cabe mencionar que son tres los elementos que permiten caracterizar el derecho a la identidad personal (Mesía, 2018):

i) Es un derecho omnicomprensivo respecto a la personalidad del individuo; ii) Tiene una realidad objetiva, pues se protege una identidad resultante de los comportamientos externos más relevantes del sujeto y la representación de su personalidad; y, iii) Es un derecho que resalta por su exterioridad, por lo que debe protegerse la representación social de la personalidad del sujeto cuando este haya proyectado sus comportamientos más destacados (p.127).

De lo expuesto, estando a la presente tesis, el derecho a la identidad –de carácter universal, intransferible, inalienable e irrenunciable– supone un conjunto de atributos y cualidades que permitirán identificar e individualizar al menor de edad en sociedad, por ende es fundamental para el desarrollo de su personalidad; y, al relacionarlo con el sistema filiatorio, nos conduce a aspectos como el derecho a tener un nombre, conocer el origen biológico, el derecho a conocer a los padres y llevar sus apellidos, como formas de concretización del derecho a la identidad.

Finalmente, se ha podido observar que el derecho a la identidad tiene una significación amplia que engloba otros derechos, correspondientes –en este caso– a un hijo menor de edad no reconocido por su padre, los cuales desarrollaremos a continuación.

#### **b. Derecho al nombre**

Como ya hemos indicado el nombre es una de las manifestaciones del derecho a la identidad estática, a través del cual se otorga una

denominación individual a un determinado sujeto de derecho, dotándolo de personalidad.

En la doctrina, Espinoza (2012) define al nombre como el vocablo que se designa a una determinada persona para distinguirla de los demás, está compuesto por el prenombre, o también llamado “nombre de pila”, y los apellidos.

Asimismo, el autor precitado señala que han surgido dos teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica del nombre: i) la publicista, considera al nombre como una institución perteneciente al Derecho Público por ser de interés general; y, ii) la jusprivatista, concibe al nombre como un derecho subjetivo de las personas, además dentro de esta teoría hay quienes consideran al nombre como objeto del derecho de propiedad, lo cual resulta inadmisibles, pues el autor considera al nombre como un componente del derecho a la identidad (criterio que compartimos).

Así también, García (2013) sostiene que el nombre como signo formal de identidad permite reconocer y diferenciar a una persona natural de otra, pues constituye el rótulo de identificación social.

Por su parte, los autores Díez-Picazo y Gullón (2003) refieren que el derecho al nombre tiene diversos aspectos, como la personalidad (al ser un atributo de la persona), el estado civil (porque el nombre y apellido se determina en la filiación) y el interés del Estado (para distinguir e individualizar a sus ciudadanos).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Asimismo, los autores precitados agregan que el nombre como reflejo del interés público posee ciertas características, como son:

- Inalienabilidad: El nombre no es susceptible del comercio humano, salvo que se trate de un nombre comercial.
- Imprescriptibilidad: Ninguna persona adquiere un nombre que le pertenece por un determinado tiempo, ni lo pierde por el desuso.
- Irrenunciabilidad: Nadie tiene poder de disposición de su nombre.
- Inmutabilidad: El nombre no es cambiante, de lo contrario haría insegura y difícil su identificación, salvo causa justa y ausencia de perjuicio a terceros.
- Protección erga omnes: La ley ampara el nombre y apellido frente a los demás.

De lo expuesto, se advierte que el nombre a partir de sus características es inherente al ser humano, pues el hecho de que todas las personas seamos iguales ante la ley, no significa perder la identidad; ya que el hombre es un ser estructural, personal y comunitario.

En ese sentido, el nombre como vertiente de la identidad personal permitirá individualizar a un sujeto dentro de la sociedad, siendo obligación del Estado amparar este derecho para salvaguardar la identidad del individuo.

Asimismo, el nombre es un derecho y un deber para el ser humano, pues así lo regula nuestro Código Civil en su artículo 19: “Toda

persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”.

Es un derecho porque todas las personas merecen ser identificadas por un nombre para su reconocimiento frente a los demás, y un deber porque en la sociedad cada individuo debe tener un nombre y no lo puede cambiar a su libre albedrío ni renunciar a este bajo ninguna circunstancia (Rubio, 1995).

Cabe precisar que el derecho al nombre es uno de los derechos básicos reconocido no sólo por el Estado Peruano, sino también por Organismos Internacionales.

De esta manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regula en su artículo 18: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos (...)”. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24 inciso 1, prescriben: “El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre (...)”.

Así también, a nivel jurisprudencial, en el Expediente N° 4895-2012 – Arequipa, de fecha 16 de agosto del 2012, respecto al derecho al nombre, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en su considerando sétimo manifestó:

(...) el derecho que tiene todo niño de conocer quiénes son sus padres y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el **nombre** de

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo individuo a su propia identidad personal (...).

En ese sentido, el menor de edad desde su nacimiento tiene derecho a tener un nombre, un apellido y a ser registrado luego de su nacimiento en el Registro Civil respectivo (conforme al artículo 25 del Código Civil y el artículo 7 del Código de los Niños y Adolescentes), toda vez que la identidad personal se materializa con la partida de nacimiento, el registro civil del nombre completo y la obtención del Documento Nacional de Identidad (DNI); documentos que establecen la filiación entre padres e hijos y permiten el reconocimiento de la ciudadanía en un determinado Estado; por ende, los padres están en la obligación de brindar el nombre, apellido, nacionalidad y fecha de nacimiento del recién nacido, a fin de que el Estado formalice el nacimiento del menor ante la ley.

Siendo así, cuando estamos frente a supuestos donde el padre de un menor de edad no lo reconoce como su hijo, no sólo afecta su identidad como persona, sino también su derecho a llevar un nombre –en sentido amplio–, lo que incluye el apellido paterno.

Pues, “el apellido denota, la procedencia familiar de un individuo, de modo que, salvo algunas excepciones, no son asignados por alguien, sino determinados por la ley” (Medina, 2014, p. 609). En tal sentido, esta privación de llevar el apellido paterno genera una afectación moral y psicológica al menor de edad, el mismo que se ve desprotegido legalmente al no tener el reconocimiento de su progenitor.

**c. Derecho a la verdad biológica o identidad biológica**

El sistema filiatorio es la base sobre el cual un individuo podrá establecer su identidad personal, ya que le permitirá desarrollar su personalidad sobre las relaciones paterno-filiales, permitiendo su individualización en una determinada familia, así como su reconocimiento social.

En tal sentido, la verdad biológica es pilar fundamental del derecho a la identidad personal en su aspecto dinámico; es decir, abordando los vínculos de familiaridad y empatía que una persona puede tener con su entorno.

Por tanto, el derecho a conocer el origen biológico es una facultad innata al ser humano, que apoyada en la verdad biológica permitirá al individuo conocer la realidad genética que tiene con sus progenitores, a fin de poder ser integrante de una familia y entablar vínculos sociales, jurídicos y afectivos con ellos.

Al respecto, Manrique (2013) sostiene:

(...) es parte de la identidad de una persona, no sólo conocer a sus padres biológicos (“verdad biológica”), sino también, reforzar y estructurar los vínculos paterno-filiales que mantiene con las personas que considera sus padres o su familia y que definitivamente inciden con la personalidad e identidad de esta (p. 87).

Así también, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 7 estipula: “El niño desde que nace tiene derecho (...) en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”.

Estando a lo anterior, a partir de ese vínculo paterno–filial se podrá configurar la personalidad e identidad del menor constituyendo parte de su dignidad humana (Gómez y otros, 2012).

Asimismo, cabe mencionar que el derecho a la verdad biológica, esto es, conocer quiénes son los padres biológicos, quedará acreditada con la prueba de ADN. Como bien sostiene Velásquez (s/f) gracias a los avances de las pruebas genéticas o científicas –como la prueba del ADN– se ha podido consagrar la importancia y prevalencia del derecho a la verdad biológica.

En resumen, este derecho a la verdad biológica, sustentada en la prueba de ADN, permitirá al menor conocer su origen e identidad filiatoria, así como ejercer los derechos y deberes que les son reconocidos por la ley, los cuales surgen automáticamente una vez establecida la filiación, los mismos que a su vez deben ser reconocidos por los padres con la finalidad de proteger los intereses de sus hijos.

En ese sentido, si estamos frente al no reconocimiento de un menor de edad nacido de una relación extramatrimonial, es evidente la afectación al derecho a la verdad biológica del hijo, pues el padre le está privando al menor el conocer su origen biológico, su vínculo filiatorio con la familia del progenitor y, en consecuencia, vulnerando su derecho a la identidad personal.

**d. Derecho a tener una familia**



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

La familia como célula básica y fundamental de toda sociedad, “es una institución jurídica conformada por personas unidas por vínculos que surgen del parentesco, de la unión intersexual y de la procreación” (Bossert y Zannoni, 2015, p. 5).

Es el espacio primordial donde las personas pueden desenvolverse, construir su propia personalidad y desarrollar sus primeras relaciones de afinidad con los demás integrantes que la conforman (Henríquez, 2012).

Por ello, para los niños/as y adolescentes la familia constituye el núcleo central para su desarrollo emocional, personal y social; siendo obligación del Estado velar por la protección de la familia, tal como lo estipula el artículo 4 de nuestra Constitución Política.

Lo expuesto nos deriva al derecho que tiene todo niño/a y adolescente a tener una familia, reconocido en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes: “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia (...)”.

Ello es así porque desde temprana edad los niños dependen de la crianza responsable que le brinden sus progenitores a fin de que puedan tener un crecimiento sano y desarrollar sus capacidades cognitivas, emocionales, verbales y sociales.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada el 20 de noviembre de 1989 como un tratado internacional de derechos humanos, ratificado por el Perú el 04 de setiembre de 1990

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

mediante Resolución Legislativa N° 25278, en su preámbulo párrafos quinto y sexto señala:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La mencionada convención considera a la familia como el ámbito natural y fundamental de protección de la infancia y adolescencia, pues al igual que los derechos a la libertad de expresión, a la educación, a la vestimenta o a la salud, también se tiene el derecho a tener una familia, donde el niño/a y adolescente puedan vivir, crecer y desarrollarse plenamente.

En ese sentido, la responsabilidad inicial por el cuidado, bienestar y desarrollo integral del niño/a y adolescente recae en los progenitores y miembros de su familia, independientemente de cómo está compuesta y constituida.

Por ende, el derecho a tener una familia permite al niño/a y adolescente tener una historia, un vínculo afectivo y sobre todo una protección contra la vulneración de sus derechos, siendo los padres los primeros en representar a sus hijos para hacer respetar sus derechos.

Por otro lado, cabe recalcar que el derecho a tener una familia también constituye uno de los elementos que conforma el derecho a la

identidad. Así, el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) señala que es derecho del niño “(...) preservar su identidad incluido (...) sus **relaciones familiares** de conformidad con la ley y sin injerencias ilegítimas”.

Siendo así, la identidad del niño/a y adolescente se forjarán y construirán en el seno de una familia, en donde se crearán los lazos afectivos con las personas más cercanas a estos, por lo general los progenitores, quienes velarán por su cuidado, crianza y protección; así como orientar y dirigir su crecimiento personal y desarrollo de su personalidad.

Por todo lo expuesto, y estando al tema de investigación, podemos afirmar que el derecho a tener una familia que tiene todo niño/a y adolescente es también vulnerado cuando un padre no lo reconoce como su primogénito; toda vez que el desarrollo infantil y adolescente no sólo está determinado en la vestimenta, alimentación o salud, sino también en las interrelaciones afectivas y emocionales que le brinda una familia y que permite su desarrollo integral como persona.

En ese sentido, consideramos que la vulneración de este derecho fundamental generará una afectación emocional y psicológica en el menor de edad, pues el hecho de que el niño/a o adolescente no tenga vínculo con su familia de origen, le priva de crear junto a las relaciones familiares que le corresponden jurídicamente; en consecuencia, la imposibilidad que tiene un menor de crecer y formarse con su familia

biológica y la ausencia paterna afecta no sólo su derecho a la identidad, sino también su derecho a tener una familia.

**e. Derecho a la integridad moral y psíquica**

El derecho a la integridad personal está reconocido en nuestra Carta Magna, artículo 2 inciso 1: “Toda persona tiene derecho a (...) su **integridad moral, psíquica y física**”.

Como se puede advertir, el derecho a la integridad personal comprende tres dimensiones: moral, psíquica y física; sin embargo, de acuerdo a la presente investigación, consideramos conveniente abordar sólo las dimensiones moral y psíquica, puesto que la dimensión física está orientada a la conservación del cuerpo humano frente a torturas o tratos crueles e inhumanos, lo que no es propio para esta tesis.

Precisado lo anterior, el reconocimiento del derecho a la integridad moral y psíquica como un derecho fundamental también lo encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), donde en su artículo 5 señala: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, **psíquica y moral** (...)”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 2333-2004-HC/TC, de fecha 12 de agosto del 2004, desarrolla una definición sobre el derecho a la integridad moral y psíquica, señalando en sus fundamentos 2.2 y 2.3 lo siguiente:

**2.2. La integridad moral:** Defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social (...). En efecto, la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de

desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal (religión, política, cultura, etc.).

**2.3. La integridad psíquica:** (...) Asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano (...). En la jurisprudencia son recurrentes los actos de afectación psíquica en el ámbito familiar, como el retardo no justificado de las prestaciones alimentarias, etc.

Asimismo, en la doctrina, Rubio manifiesta que la violación al derecho de la integridad moral destruye internamente la identidad, el ser mismo del individuo obstaculizando su capacidad de realización; y, respecto a la integridad psíquica, considera que el daño psíquico influye en el desarrollo de la personalidad y comportamiento de un sujeto (como se citó en Reyna, 2013).

En ese sentido, respecto al desarrollo que se tiene del derecho a la integridad personal en sus dimensiones moral y psíquica por parte del Tribunal Constitucional y de la doctrina, podemos inferir que el derecho a integridad moral y psíquica permitirá al sujeto desarrollar su personalidad, encontrar su identidad de acuerdo a sus propias convicciones; así como preservar sus habilidades motrices, emocionales e intelectuales.

Siendo así, si partimos de la vulneración al derecho a la identidad y los demás derechos que engloba, así como el entorpecimiento del desarrollo de la personalidad del menor de edad no reconocido por su padre, es innegable la afectación moral y psicológica que se ocasiona al

hijo; por lo que también se ve vulnerado el derecho a la integridad moral y psíquica.

### **3.4.2. CRITERIO 2: PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE**

Plácido define al interés superior del niño como “el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales” (como se citó en Manrique, 2013, p. 88). En ese sentido, en la medida de lo posible, se debe atender a los sentimientos, gustos, preferencias, etc., del niño/a y adolescente, prevaleciendo el desarrollo de su personalidad.

En nuestra legislación, lo encontramos regulado expresamente en artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, cuando refiere que se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos en toda medida referente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de sus distintos poderes y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad.

En el ámbito jurisprudencial, también se ha desarrollado este principio, entre los tantos expedientes que se pronuncian al respecto, podemos citar el N° 04058-2012-PA/TC – Huaura, de fecha 30 de abril del 2014, donde el Tribunal Constitucional Peruano, en su considerando diecinueve, establece:

(...) presupone que los derechos fundamentales de los niños/as y adolescentes, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

en la interpretación de ellas, constituyéndose en un principio de inevitable materialización para el Estado, la sociedad y la propia familia, incluidos el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

De lo expuesto, se entiende que en los procesos de niñez y adolescencia debe tenerse como eje esencial el principio del interés superior del niño y del adolescente; con lo que se busca primordialmente el bienestar del menor de edad, la protección de sus derechos fundamentales, así como el libre desarrollo de su personalidad en un ambiente agradable y sano. Siendo función del Estado – mediante sus órganos autónomos– velar por el desarrollo psíquico, social y físico de los sujetos menores de edad.

En el ámbito internacional, el interés superior del niño se encuentra regulado específicamente en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Del cual se desprende que todas las medidas que se adopte en relación al niño deben atenderse primordialmente al interés superior del mismo. Además, señala que le corresponde al Estado asegurar un adecuado cuidado y protección de todo niño, cuando sus padres o las personas responsables de aquel, no tengan la capacidad para hacerlo.

De ello, se colige que todos tenemos el deber de velar por el bienestar y protección de los niños, dado que el principio en mención es garante de la efectividad de los derechos que posee. Además, el Estado promoverá el bienestar de los menores de edad en función del principio del interés superior del niño y del adolescente.

Estando al tema de tesis, consideramos que el principio del interés superior del niño y del adolescente tiene como finalidad el amparo de los derechos del niño, niña y adolescente, esto es, el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, a la integridad moral y psíquica, los mismos que ya fueron desarrollados líneas arriba. Por lo tanto, transgredir este principio significaría ir contra el bienestar del menor de edad.

Por su parte, López (2015) refiere que el interés superior del niño se fundamenta en tres elementos esenciales, los cuales son:

- Expresión y deseos de los niños/as y adolescentes: Los sujetos menores de edad manifiestan su capacidad natural mediante el nivel de desarrollo intelectual y emocional, el cual les permite expresar lo que quieren decir y hacer; pues es necesario oír al menor.

En los casos donde el menor de edad no pueda expresar sus deseos o exteriorizar su desarrollo intelectual, se requerirá del apoyo de expertos en psicología.

- Entorno familiar y social de los niños: Frente a cualquier decisión judicial o administrativa se debe analizar las circunstancias que rodean al menor de edad, tanto en el entorno familiar, personal, moral, cultural, educativo, etc., con la finalidad de que puedan disfrutar y gozar, entre otros, de un apropiado ambiente familiar y social: lo que más le favorezca. Siendo el estado y sus diversos órganos los que se encargarán de asegurar su adecuada protección y cuidado.
- Predictibilidad: En toda decisión administrativa o judicial se debe avizorar la futura situación o condición del menor de edad, ello a razón



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

de lograr un mejor desarrollo integral, como también, determinar lo que más le convenga para el desarrollo de su personalidad.

En consecuencia, con el tratamiento de estos tres elementos se permitirá que se garantice el desarrollo de todos los niños y adolescentes.

Ahora bien, en el caso del padre que no reconoce a su propio hijo por causas injustificadas –quien pretende evadir sus derechos y deberes como padre, y ante una clara vulneración de los derechos fundamentales del menor de edad– debe primar el interés superior del niño y del adolescente frente a otros intereses en juego, como pueden ser las de su propio padre.

Es decir, frente a situaciones paralelas o conflictos de intereses, debe sopesar el bienestar del menor de edad, de acuerdo a lo que más le convenga, considerando sus necesidades primordiales (salud, educación, alimentación, recreación), sentimientos y deseos según su madurez y edad.

Si bien los principales garantes del interés superior del niño y del adolescente son los padres al tener la patria potestad de sus hijos, quienes deberían actuar en favor de todo lo que les beneficia; los juzgadores – también– al momento de decidir (sentenciar) deberán acoger las medidas que consideren necesarias en cada caso determinado, para hacer prevalecer dicho principio, en beneficio de los menores de edad.

Ahora, ¿cómo se podrá determinar qué es lo más conveniente para el menor de edad inmerso en un proceso de negación o impugnación de paternidad? Corresponderá al juzgador evaluar las posibles consecuencias

que surja de su decisión, lo cual, al ocasionar un cambio –en caso de darse– podría afectar el mantenimiento del entorno del niño/a y adolescente.

Como bien refiere Sokolich (2013) ante cualquier controversia en donde esté inmerso un niño/a y adolescente, los operadores de justicia deberán invocar y aplicar el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, como guía para resolver un determinado conflicto, el mismo que debe ir acompañado de sustento suficiente, pues muchas veces se emplea como “plantilla”, y en vez de resolver el problema, lo empeoran; constituyéndose así la nulidad del fallo al afectarse el deber de motivación de las resoluciones judiciales.

Por tanto, el juzgador tendrá que hacer una ponderación de los efectos del entorno que podría ocasionar su decisión en cada caso concreto, prevaleciendo el principio del interés superior del niño y del adolescente, valorando el futuro que más le convenga al menor de edad, esto es, poder vivir de manera digna.

### **3.4.3. CRITERIO 3: EL MÉTODO PISANO**

Este método –recogido en la jurisprudencia italiana– nace a efectos de realizar una valorización del daño biológico (considerado un daño extrapatrimonial, que consiste en la disminución de la integridad psico-física de la persona), aplicado en el ámbito del derecho laboral, específicamente en los casos de invalidez que sufren o puedan llegar a sufrir los trabajadores.

Espinoza (2002) lo define como “**la valorización equitativa del cálculo por puntos** (...). Se basa en las decisiones jurisprudenciales, o sea,

el valor de cada punto de incapacidad, se obtiene (...) en el caso concreto, por el juez” (p.399).

Además, el método pisano tiene en cuenta *la capacidad laboral específica*, la misma que “guarda relación con la actividad específica a la cual el sujeto dedica sus actitudes en una determinada profesión o arte, con particular consideración a sus peculiares exigencias de trabajo” (Gentile, 1962, p. 649). Es decir, en la capacidad laboral específica se ejecuta una valorización cualitativa que nace de la necesidad de “personalizar” el daño (Espinoza, 2012).

Para la aplicación de este método, Canaiello mencionó la necesidad de preconstituir un sugerente cuadro por niveles en base a la edad del sujeto y el porcentaje de la invalidez, que permita valorizar el daño sufrido (como se citó en Espinoza, 2002).

Por su parte, Alpa (2006) sostiene que para la determinación del monto resarcitorio del daño se necesita de un médico legal, quien se encargará de establecer: a) el tipo de lesiones padecidas; b) la dimensión de la invalidez permanente, que haya producido un daño funcional; c) la duración de la invalidez temporal, que le impida desempeñar sus labores habituales; d) si la invalidez ha afectado o puede influenciar en las actividades laborales que venía desarrollando el afectado; con la finalidad de poder ser resarcido, siempre que se acredite la ganancia dejada se percibir como resultado de la lesión.

Arrigo (como se citó en Buendía, 2016) afirma:

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Con el cálculo por puntos, los jueces pisanos llegaban a cumplir eficazmente el objetivo de garantizar: a) la uniformidad pecuniaria; y, b) la flexibilidad por adecuar el resarcimiento del caso concreto a la efectiva incidencia de la invalidez corroborada en la actividad de la vida diaria a través de la que se expresa y manifiesta la integridad y la eficiencia psicofísica (p. 147).

Por otro lado, es importante dejar en claro que, de los Acuerdos Plenarios de las Salas en Italia se ha fijado al daño moral y al daño biológico como nuevos tipos de daños extrapatrimoniales, si bien los diferencia uno del otro, no dejan de ser daños de naturaleza no patrimonial.

En ese sentido, si bien los jueces italianos emplearon por poco tiempo el método pisano para valorizar el daño biológico (extrapatrimonial), además de la escasa información y desarrollo doctrinal del mismo, este método será de gran utilidad para la presente tesis, ya que lo adoptaremos como uno de los criterios a aplicar por parte del juez al momento de fijar la cuantía resarcitoria por el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

Siendo así, a efectos de la presente tesis, el método pisano debe entenderse como la valorización equitativa que realice el magistrado de la afectación ocasionada en la esfera interna del hijo menor de edad no reconocido. En este caso, el juez necesitará de la opinión de profesionales en psicología, quienes a través de una evaluación psicológica podrán determinar a su criterio el grado de afectación psicológica y emocional de la víctima (menor de edad); este informe psicológico será de utilidad al magistrado al momento de fijar la cuantía resarcitoria.

Debe quedar claro que con la aplicación de este método se evaluará el daño causado al menor de edad frente a su no reconocimiento como hijo

legítimo por parte de su padre, con la finalidad de personalizar el menoscabo que haya sufrido.

A diferencia del derecho laboral que necesita de un médico legal para determinar las lesiones, la duración de las mismas, entre otros; en el caso del hijo extramatrimonial (no reconocido por su padre), se necesita de un psicólogo que analice desde el punto de vista de la psicología cuáles son las afectaciones (psicológicas y emocionales) sufridas por el menor de edad.

Entonces, para que el juez pueda fijar una cuantía resarcitoria equitativa, además de los otros criterios fundamentados, deberá servirse de una evaluación psicológica, donde se analice el grado de afectación sufrido por parte del hijo no reconocido. Pues, como bien lo señala Córdoba (2016) cuando un hijo crece sin conocer ni tener presente la figura paterna, ello altera su equilibrio emocional ante la carencia de afecto y la falta de su reconocimiento.

En consecuencia, además de la figura materna, es importante la figura paterna en el desarrollo del menor de edad, de lo contrario, ello repercutiría en los diversos aspectos de su desarrollo.

En la presente tesis, se ha considerado analizar la afectación psicológica y emocional del hijo en función a la edad donde toma conocimiento que no fue reconocido por su padre. Es así que luego de establecerse la magnitud del daño, el magistrado pueda fijar una cuantía resarcitoria satisfactoria a favor del hijo menor de edad no reconocido por el menoscabo causado, que en la medida de lo posible compense el daño.

El informe psicológico deberá ser analizado por el magistrado al momento de establecer el daño moral sufrido por el hijo menor de edad no reconocido por su padre, como parte de la aplicación del método pisanó; con la finalidad que la valorización de la cuantía resarcitoria a fijarse por dicho daño sea justa.

Por otro lado, el psicólogo podrá analizar otros aspectos de los ya mencionados y particularidades que presente el menor de edad, plasmándolo en su informe. Además, aunque pretendemos que la discrecionalidad del juez se encuentre fundamentada en criterios justos y equitativos, el juez no dejará de contar con dicha facultad ya sea para otorgar un menor o mayor monto resarcitorio según las circunstancias del caso concreto, siempre que la sentencia esté debidamente motivada.

Finalmente, con la aplicación de este método y los antes mencionados, se garantizará que los magistrados expidan sentencias judiciales con montos resarcitorios uniformes, adecuando dichos montos a los casos concretos.

#### **3.4.4. CRITERIO 4: CRITERIO EQUITATIVO PURO**

Este criterio, de manera primigenia, encuentra su origen en el artículo 1226 del Código Civil Italiano de 1942, que prescribe: “**Valutazione equitativa del danno**: Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa”. Cuya traducción al español no dista de la norma similar contenido en nuestro Código Civil Peruano (libro de obligaciones):

**Artículo 1332.- Valoración del resarcimiento:** Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

En primer lugar, Buendía (2016) refiere que se debe tener en cuenta el problema de resarcir con exactitud lo perdido, y las limitaciones que puedan presentarse al momento de cuantificar el mismo.

Entonces, para emplear el artículo 1332 respecto a la valoración equitativa, debemos entender que el sujeto afectado tuvo que haber aportado material probatorio de la presencia del daño, empero se presentó algunos problemas en cuanto a la probanza de la cuantía, por lo que, si bien se intentó comprobar la cuantificación del daño, este deberá ser valorado por el juez de forma equitativa.

Para aplicar el criterio de equidad el magistrado lo hace bajo el poder de discrecionalidad con el que cuenta, sin embargo, no debería caer en arbitrariedad, dado que al utilizar el criterio en mención los jueces con mayor razón tienen que motivar debidamente sus sentencias. Pues, en ningún momento debe entenderse <<equidad>> sinónimo de <<arbitrariedad>>.

Por otro lado, a pesar que el criterio equitativo puro ha sido criticado porque proporciona un amplio margen a la subjetividad del juez y, por ende, existen escasas garantías para las partes (Espinoza, 2012). Por nuestra parte, consideramos que la forma correcta de aplicar este criterio en la presente tesis es, siendo valorado conjuntamente con los demás criterios fundamentados, con el fin de poder satisfacer en la medida de lo humanamente posible el daño

sufrido por la víctima (hijo no reconocido por su padre), mas no atendiendo únicamente al leal saber y entender del juez.

Ahora, si bien lo que se pretende con el criterio de equidad es colocar a la persona afectada en una situación similar a la que se encontraba antes de ocurrir el daño sufrido injustamente (Buendía, 2016). Ello no ocurriría en el presente tema en cuestión, ya que el dolor, sufrimiento, el menoscabo ocasionado a los sentimientos y la esfera íntima del menor de edad no reconocido no es fácil de probar ni cuantificar, por lo que no se le podrá poner en la situación anterior a la ocurrencia del daño.

Pero, el hecho que el daño moral no sea fácil de probar ni cuantificar no es razón suficiente para que se elimine como categoría de daño jurídicamente resarcible. Resultaría más injusto para el hijo no reconocido no ser reparado civilmente por el daño extrapatrimonial sufrido.

Por tanto, es importante concluir que el daño moral termina siendo reparable económicamente (teorías mixtas o eclécticas de la reparación del daño moral) como medio de satisfacción al sufrimiento ocasionado al menor de edad, en vez de sostener que es inmoral y escandaloso ponerle un precio al sufrimiento o al dolor padecido, pues, deberíamos pensar en el mal menor que se le causaría al hijo.

Como bien menciona Manzanares (2008) no se debe caer en el razonamiento pesimista que como el daño moral no se puede probar, entonces no se debe reparar, pues el juzgador también es sensible al sufrimiento de otras personas y capaz de valorar el daño moral.



Por tanto, es aquí el momento de aclarar la duda que dejamos planteada en el capítulo anterior (parte *in fine* del acápite 2.1.4) ¿Cuál es la función que cumple la reparación del daño moral? ¿Resarcitoria, sancionatoria, o ambas? Adecuándonos a las necesidades de la sociedad, consideramos que tiene doble carácter: resarcitoria (desde la posición de la víctima) y sancionatoria (desde la posición del ofensor).

La primera, principalmente porque nuestra prioridad es proteger a los más indefensos y vulnerables como son los menores de edad, que en el caso de no ser reconocidos por sus padres se les causa daño moral, ponderando el menoscabo que hayan sufrido, siendo merecedores de una reparación pecuniaria. Resultaría chocante que en una civilización avanzada como la nuestra se incurra en responsabilidad civil al menor atentado contra el patrimonio, y no cuando se lesionan los sentimientos de una persona (Pizarro, 2004).

La segunda, porque con la reparación pecuniaria a imponerse al padre irresponsable a favor del hijo que no reconoció, se le sanciona por su comportamiento reprochable generador de daño moral. Esta sanción, a su vez, cumple una finalidad preventiva, que va dirigida a todos aquellos padres en general, para que en el futuro se abstengan de cometer conductas similares a las que dieron lugar al daño; en consecuencia, reconozcan voluntariamente a sus hijos.

En definitiva, consideramos que la combinación de ambas (finalidad resarcitoria y sancionatoria) reflejan la verdadera función de la reparación del daño moral.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Ahora sí, resuelta la pregunta, retomaremos sobre la aplicación del criterio equitativo puro en la presente tesis.

Entonces, para emplear este criterio, debe entenderse que la parte afectada (menor de edad representado por su madre u otro apoderado) tuvo que haber aportado material probatorio de la presencia del daño moral, y con ello intentar probar la cuantificación del daño en su monto más “preciso” posible. Pero, al tratarse de un daño difícil de probar, surgirá algunos problemas respecto a la probanza de la cuantía exacta, por lo que deberá ser valorado por el juez de forma equitativa.

Como bien refieren los magistrados en el IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, no es suficiente presumir el daño moral, además es necesario que el demandante asuma la carga probatoria.

Ello no es óbice para que la parte demandada presente material probatorio en caso considere que el monto peticionado por concepto de daño moral por la parte demandante es excesivo. Si bien, el juez será quien fije la cuantía resarcitoria aplicando todos los criterios fundamentados, con ello también pretendemos contribuir a la emisión de sentencias debidamente motivadas.

Así, para que el juez establezca el monto más preciso de la cuantía resarcitoria deberá tener en cuenta las pruebas útiles y pertinentes presentadas por las partes en cada caso en concreto, con la finalidad de decidir lo más justo posible.

En consecuencia, la aplicación de este criterio en la presente tesis está en función al análisis del material probatorio (medios probatorios directos e indirectos) presentado por la parte afectada, los mismos que contribuirán a la valoración y cuantificación del daño moral y, en efecto, a que el magistrado fije una cuantía resarcitoria equitativa.

### **3.5. APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL CASO DEL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Antes de continuar, en esta parte es importante dejar en claro que, para imputar responsabilidad civil, debe existir un daño; por lo que corresponde evidenciar el daño en relación con el tema en cuestión.

Si bien, en el Capítulo I ya habíamos abordado el tema de la responsabilidad civil. Ahora, a la luz del derecho de familia corresponde analizar la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual en aplicabilidad a la presente tesis: la capacidad de imputación, la conducta antijurídica, la consecuencia dañosa, el nexo de causalidad (entre la imputabilidad y el daño causado) y, el factor de atribución.

#### **3.5.1. LA IMPUTABILIDAD**

Como bien hemos señalado anteriormente, la imputabilidad es la capacidad que tiene toda persona para responder civilmente por los daños que ocasionen sus actos. En otras palabras, debe existir un sujeto capaz que, de forma voluntaria, realice una acción u omisión que genere un hecho dañoso.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

En el caso concreto, será imputable el padre que no reconoce a su hijo, en ese sentido, estamos frente a una conducta de abstención u omisión.

Para que este hecho se atribuya al padre del menor no reconocido, necesita poder discernir entre lo bueno y lo malo, aquello que es lícito o no, lo correcto o incorrecto; o sea, que se trate de una persona con capacidad de responder por las consecuencias dañosas de sus acciones. En ese sentido, no se le podría atribuir responsabilidad civil a aquel padre que no goce de capacidad de discernimiento, o que tenga algún tipo de incapacidad (que no le permita expresar su voluntad de manera indubitable).

En este último, es necesario que la incapacidad sea actual, es decir, debe estar presente al momento en que el padre incurre en la omisión del reconocimiento de su hijo; dado que al término de su incapacidad ya gozaría de discernimiento y, en caso de no reconocerlo, surgirá el deber de reparar el daño ocasionado al menor de edad. Asimismo, en caso que el padre sea menor de edad, nuestro código civil refiere que, una vez cumplido los 14 años, podrá reconocer a su hijo extramatrimonial.

Por otro lado, el padre que omita reconocer a su hijo por causa injustificada, incurre en responsabilidad siempre que tenga conocimiento de la existencia del mismo, no obstante, a pesar de ello no lo reconoce.

En caso de existir duda o sospecha de su paternidad, bien se podría realizar un examen de ADN que ayude a corroborar su paternidad antes de iniciarse un proceso judicial de filiación en su contra (que muchas veces son humillantes y dolorosos especialmente para el menor de edad), o, en caso de

existir una demanda de filiación (con la cual recién toma conocimiento de su supuesta paternidad) no debería negarse sin justificación a la realización del examen de ADN.

En caso de presentarse un conflicto de intereses (incluido el del padre), primará el principio del interés superior del niño y del adolescente.

### **3.5.2. LA ANTIJURICIDAD**

Respecto a la antijuricidad, es preciso establecer cuál es la conducta o hecho antijurídico que causa la obligación de indemnizar el daño ocasionado al no darse el reconocimiento de un hijo.

En la responsabilidad extracontractual, la antijuricidad es atípica, ya que la obligación de indemnizar surge de una conducta genérica que ocasiona un daño pero que no está estipulada taxativa y específicamente en norma alguna.

Ahora, para que la omisión del reconocimiento de un hijo por parte de su padre haga que este incurra en responsabilidad civil extracontractual, tiene que preexistir la obligación de realizar una conducta determinada, la misma que no fue realizada por el padre; lo cual sería contrario a derecho.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no existe expresamente el deber o la obligación de reconocer a los hijos, no obstante, ello se puede colegir de la existencia de ciertos derechos que tiene que gozar toda persona, como es el de la identidad –y los demás derechos que incluye– así como el respeto de su dignidad humana, el principio del interés superior del niño y del

adolescente. En ese sentido, la omisión de reconocimiento de la paternidad de un hijo es antijurídica.

Por tanto, para que el menor de edad pueda gozar de estos derechos fundamentales previstos en nuestro ordenamiento jurídico e instrumentos internacionales, todo padre debe reconocer voluntariamente a su hijo; quien no lo hace, estaría transgrediéndolos, para ello es imprescindible que tenga conocimiento de la existencia de un hijo. En ese caso tendría que responder por los daños ocasionados, de lo contrario, no.

### **2.5.3.EL DAÑO**

Como bien ya hemos visto, no solo es necesario la existencia de un agente imputable, sino también de una conducta ilícita que dé como resultado un hecho dañoso.

Siguiendo a Taboada (2001) en la responsabilidad extracontractual, el daño será el resultado de la infracción o incumplimiento del deber genérico jurídico de no causar daño a nadie.

Pero, este daño debe ser cierto, traer como consecuencia una afectación personal, además de no estar justificado por el ordenamiento jurídico, ni haber sido reparado con anterioridad, de ser así, el sujeto afectado sería susceptible de una reparación (Beltrán, 2016).

Siendo así, corresponde analizar el daño ocasionado al menor de edad no reconocido por su padre. Por un lado, un daño material, dado que el hijo no goza del apoyo económico de su progenitor; por otro, se le causa daño moral, al vulnerarse su dignidad humana, al no gozar de ciertos derechos,

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

como a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, a la integridad moral y psíquica.

En esta parte, cabe recordar que mientras el daño material o patrimonial es el menoscabo que sufre una persona, susceptible de valuación económica dado que se lesiona derechos de naturaleza pecuniaria; *contrario sensu*, el daño extrapatrimonial, siguiendo a Fernández (1986), es la lesión a la persona en sí misma, considerada como un valor inmaterial, espiritual y psicológico.

En el caso del menor de edad, al no ser reconocido de manera voluntaria por su padre, esta situación afecta su ámbito emocional, causándole pena, dolor, angustia y sufrimiento a su persona, además que se vulnera derechos de la personalidad que debe gozar toda persona, esto es, se le ocasiona daño moral.

Compartimos la opinión de Sanabria (2015) que refiere el daño moral es el sufrimiento, dolor y pena ocasionado a los sentimientos de la víctima; el mismo que no es valorizable en dinero, pues aqueja al mundo inmaterial de los sentimientos y pensamientos (Taboada, 2015).

El daño moral ocasionado al hijo menor de edad no reconocido por su padre podría evitarse si este último reconoce su paternidad al tomar conocimiento de la existencia de un hijo. Para ello es necesario que la madre informe inmediatamente del hecho al supuesto padre (solo ellos podrán dilucidar esta situación), pues mientras más pronto se dé el reconocimiento, se evitará causar daño moral al menor de edad.

Por otro lado, corresponde aclarar una situación que también se presenta en la realidad. Existen casos en donde el padre sin mediar juicio cumple con pasar una pensión de alimentos a su hijo no reconocido, esto no significa que quedará exento de reparar el daño moral ocasionado al menor de edad (de comprobarse el perjuicio); dado que nos referimos a distintos daños e independientes: uno patrimonial y otro extrapatrimonial.

Si bien, este daño moral (que en muchos casos no son superados a pesar de un posterior reconocimiento e incluso de llegar a la etapa de la adultez) es ocasionado, en primer lugar, por el hecho que el menor de edad no puede acceder a su derecho de la identidad. Es necesario que sea reparado, además porque se vulnera el deber general de no dañar a nadie, por tanto, aquel que no reconoce la paternidad de un hijo incurre en responsabilidad extracontractual, es decir, queda sujeto a reparar el perjuicio ocasionado.

#### **3.5.4. EL NEXO CAUSAL O LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

Otro elemento de la responsabilidad civil es el nexo de causalidad. Se refiere a la relación que debe existir entre el hecho antijurídico y el daño ocasionado por el actor. Es decir, debe acreditarse que esta relación de causa–consecuencia sea directa para poder determinar el grado de responsabilidad del obligado.

A tenor de la presente tesis, debe existir un nexo causal entre la falta de reconocimiento voluntario del padre y, el daño moral ocasionado al hijo menor de edad no reconocido.



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Es indiscutible la existencia del daño moral ocasionado al hijo menor de edad por el no reconocimiento de su paternidad, al vulnerarse el respeto de su dignidad, el derecho a la identidad y los derechos que engloba. En ese sentido, para que este daño sea resarcible jurídicamente, es necesario que sea el padre quien lo ocasione, es decir, haya omitido reconocer de manera espontánea a su hijo.

Según la teoría de la causa adecuada, cuando estamos frente al acontecimiento de un daño, implica saber cuál vendría a ser la causa que produce el daño en cuestión, ya que, visto desde la responsabilidad civil, es necesario que la causa sea idónea.

Además, esta teoría no considera causa a cada condición del evento, sino solamente a aquella condición que es idónea y eficaz para establecerlo (Espinoza, 2002), en razón a criterios de razonabilidad y probabilidad, teniendo en cuenta el curso normal y habitual de las cosas.

En el caso concreto, corresponde preguntarnos si ¿la omisión de reconocimiento de paternidad es capaz de causar daño moral al hijo menor de edad no reconocido? Al vulnerarse ciertos derechos fundamentales (derechos de la personalidad) que debería gozar toda persona, dicha omisión es idónea para provocar aquel daño.

Más aún, si al formularse el juicio de probabilidad sobre un supuesto daño que podría producirse al hijo frente a la omisión del reconocimiento de su paternidad (causa adecuada), se realiza en función de un padre de mentalidad normal, que pudo haber previsto el resultado dañoso de su acto.

En consecuencia, el daño moral derivado por el no reconocimiento de un hijo menor de edad pudo ser previsto por el progenitor, excepto que tenga una razonable y suficiente justificación. Pues, solo él –al tener conocimiento de la existencia de un hijo– podrá evitar la producción del daño en el hijo al reconocerlo espontáneamente.

Ahora, si el padre del menor no reconocido pretende que se le exonere de la responsabilidad imputada deberá probar que entre su conducta y el daño moral provocado no ha mediado una relación de causalidad, es decir, que el daño es producto de una extraña causa inimputable a su persona; por ejemplo, el ocultamiento de la existencia de un hijo por parte de la madre.

Siendo así, al derivar el daño moral de la conducta omisiva del progenitor al evadir la paternidad de su hijo y al no contribuir a despejar las dudas que pueda haber respecto a la acción de filiación; cuando el hijo menor de edad reclame el resarcimiento por el perjuicio ocasionado, debe existir una relación de causalidad entre el daño reclamado y la falta de reconocimiento del padre (omisión). Esta relación debe ser cierta y estar probada, de lo contrario la responsabilidad imputada al padre quedará exonerada.

### **3.5.5. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN**

Como bien ya lo hemos desarrollado, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, y de acuerdo a nuestro actual Código Civil, son dos los factores de atribución (subjetivo y objetivo): la culpa y el riesgo creado (Taboada, 2001).

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Respecto a la culpa, en la responsabilidad aquiliana solo basta que la conducta del agente sea culposa para que surja la obligación de resarcir a la víctima. Mientras que, en el riesgo creado, la persona que cause daño mediante una actividad o un bien riesgoso o peligroso, deberá repararlo.

En nuestra opinión, no puede negarse la presencia del factor de atribución subjetivo (culpa) en el caso particular del daño moral ocasionado al hijo menor de edad no reconocido por su padre. Por lo que el daño deriva de la omisión del reconocimiento.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es necesario realizar una graduación de la culpa, es suficiente que la omisión de reconocimiento de la paternidad de un hijo se haya dado por el no uso de la diligencia debida que debería emplear la mayoría de las personas (en este caso, el padre del menor de edad), de acuerdo al curso normal y habitual de las cosas.

Por tanto, es evidente que es atribuible la culpa al padre biológico al no reconocer a su hijo, pues esta omisión de reconocimiento de paternidad solo corresponde realizarlo al progenitor de manera voluntaria.

En consecuencia, el padre que omitió reconocer a su hijo deberá resarcirle por los daños derivados de su no accionar, pues dicha omisión involucra ir en contra de los deberes de previsibilidad y diligencia de daños. En caso de existir una justificación suficiente, su no actuación (reconocimiento) no generará alguna obligación.

Por ejemplo, pueden presentarse casos en donde hubo ocultamiento del embarazo o del parto; cuando un hijo ha sido concebido entre una mujer casada y varón distinto de su cónyuge, donde se presume que el padre sería el esposo de esta; cuando la madre del hijo hizo incurrir en error excusable - debidamente justificado- al padre, o cuando en la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales con más de una persona.

Finalmente, desde el momento en que el progenitor toma conocimiento de la existencia de un hijo, es obligación del padre reconocerlo y, en caso de duda, esclarecerlo (de ser posible, a través de un examen de ADN); es decir, actuar con la diligencia debida.

### **3.6. ¿CÓMO FIJAR UN ADECUADO RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE?**

Para que nuestros magistrados peruanos fijen un adecuado resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre deben contar con criterios justos y equitativos. Siendo que frente a daños extrapatrimoniales, los jueces han decidido fijar montos dinerarios como medio de reparación; encontrándonos ante un tipo de resarcimiento *por equivalente*, el mismo que a través del dinero busca compensar el daño soportado por la víctima.

Al respecto, Zavala (1999) afirma:

Si bien el dinero es algo muy diferente a los sentimientos, a lo espiritual de la persona, no es un fin en sí mismo sino un medio, tal vez el más apto para conseguir (...) la satisfacción o felicidad de las personas. En esa dimensión debe estar el dinero integrando la reparación del daño (p.502).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

En ese sentido, el resarcimiento por daño moral (extrapatrimonial) causado al hijo no reconocido –al ser *por equivalente*– cumplirá la función resarcitoria, puesto que el daño sólo será reparado en su dimensión real mediante el dinero, siendo el medio idóneo para compensar y satisfacer la afectación del menor de edad.

Con el monto resarcitorio no se busca enriquecer al hijo y empobrecer al padre que omitió reconocer su paternidad, sino disminuir o atenuar el sufrimiento que se causó al menor de edad no reconocido.

Además, somos conscientes que la tarea de establecerse un monto pecuniario por este tipo de daño no es fácil, ocasionando que los jueces no sean uniformes en cuanto a los montos fijados en sus sentencias, pues si nos remitimos a otras materias del Derecho (civil, laboral o penal), el autor Espinoza (2006) manifiesta:

En materia civil, los jueces valoran sin mayor fundamento que unas quemaduras de piernas de una ama de casa corresponde al monto de S/. 25,000.00 soles, mientras que la pérdida de un ojo en S/. 20,000.00 soles; en laboral, en las sentencias se fijan indemnizaciones entre los S/. 8,000.00 y S/. 30,000.00 soles; en penal, se imponen montos indemnizatorios de manera global, no distinguiendo la suma que corresponde por daño moral (p.296).

Si bien son los magistrados los responsables de traducir en términos pecuniarios la cuantía resarcitoria, de sus fallos se advierte la falta de uniformidad en cuanto al monto, el mismo que es incierto hasta el momento en que se expide la sentencia.

Alpa (2006) sostiene que la cuantificación del daño causa (desde la óptica del perjudicado) una incertidumbre respecto al *quantum* del resarcimiento, incluso, las víctimas son resarcidas de manera irregular y diversa por un mismo tipo de daño.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Esta situación se agrava cuando se trata de resarcir el daño moral, el cual no puede valorarse inmediatamente en términos económicos al verse afectada la esfera sentimental de una persona; sin embargo, en nuestro país –al igual que en diversos ordenamientos jurídicos– la única forma de resarcir este daño es a través del dinero, cuyo monto debe ser en proporción al daño sufrido.

Por otro lado, para valorar y cuantificar el daño moral cabe mencionar que los magistrados en el IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (2017) dejaron establecido que no es suficiente presumir el daño moral, sino que es necesario que el demandante asuma la carga probatoria y que deben evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante pruebas directas e indirectas, asimismo, que los criterios para cuantificar el daño moral sean objetivos.

Siendo así, cuando el magistrado valore el daño moral lo hará en base a medios probatorios directos (pericia, testimonio, documentos o una inspección judicial) o indirectos (presunciones legales o judiciales, indicios o incluso de la propia conducta de las partes); y, para fijar la cuantía resarcitoria –al no existir los “baremos” o tablas de valoración– hará uso de su facultad discrecional, justificado por criterios objetivos.

En consecuencia, de nada sirve resarcir a una víctima por daño moral, para luego al momento de establecerse el monto, este resulte ser puramente simbólico o insignificante y que en nada compense este daño; más aún si estamos ante un caso de no reconocimiento de un hijo, quien se ve afectado principalmente en su derecho a la identidad.

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

Estando a lo expuesto y específicamente en los procesos de filiación extramatrimonial, a continuación, señalaremos qué criterios deberá aplicar el juez para fijar una adecuada cuantía resarcitoria respecto al tema en cuestión.

Consideramos que los criterios a aplicar por los magistrados son: i) los derechos fundamentales vulnerados del hijo, ii) el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, iii) el método pisano, y, iv) el criterio equitativo puro; los mismos que ya fueron fundamentados en el acápite 3.4. de este mismo capítulo, tanto en su sentido teórico como práctico.

Es así que la aplicación de estos criterios contribuirá a que los magistrados cuantifiquen el daño causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, además que los jueces: 1) expidan sentencias judiciales debidamente motivadas; 2) fijen adecuados resarcimientos, equivalentes en la medida de lo posible al daño causado; y, 3) la predictibilidad de sus sentencias respecto al monto resarcitorio.

Respecto a la debida motivación de las sentencias judiciales –que forma parte del derecho al debido proceso– es una garantía constitucional que lo encontramos en el artículo 139, inciso 5, de nuestra actual Constitución Política: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. **La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (...)**”.

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Chocrón vs Venezuela, señaló en su fundamento 118:

El deber de motivar las resoluciones **es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión**, es decir, una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que tutela el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática (...). En este

sentido, la argumentación de un fallo (...) debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, **a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad.**

Asimismo, sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones podemos extraer una definición del Expediente N° 01480-2006-AA/TC – Lima, del 27 de marzo de 2006, en su fundamento segundo:

(...) importa que los jueces, al resolver las causas, **expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión.** Esas razones (...) pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (...).

En la doctrina, Castillo, Luján y Zavaleta (2006) afirman que “consiste en la exposición y sustentación de los argumentos fácticos y jurídicos realizados por el juez para fundamentar su decisión. No equivale a la mera explicación de las causas del fallo, sino a su **justificación razonada**” (p.370).

En esa misma idea, Colomer (2003) sostiene que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales debe contener una justificación fundada en derecho que no solo ponga de manifiesto la aplicación racional del ordenamiento, sino que, además **no suponga la transgresión de derechos fundamentales.**

Pues, la única vía que tienen las partes del proceso para saber si se ha aplicado adecuadamente el derecho y si sus pruebas y argumentos han sido tomados en cuenta por el juez, es conociendo e informándose a través del fallo acerca de las razones que las respaldan y los argumentos fácticos, jurídicos y probatorios que se han adoptado (Miranda, 2012).

Es por ello que las partes, más allá de si impugnan o no el fallo del magistrado, tienen derecho a saber cuáles son las razones que ha empleado el juez



**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

para justificar una determinada decisión (sentencia fundada o infundada), y si esta corresponde con las pretensiones, alegaciones y pruebas presentadas por ambas partes.

Por su parte, Taruffo sostiene que el deber de motivación cumple dos grandes funciones: a) facilita a las partes del proceso un adecuado ejercicio del derecho de defensa, a la vez que constituye un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se emplean los recursos pertinentes; y, b) garantiza que la decisión del juez sea consecuencia de la aplicación racional del derecho, y no el fruto de la arbitrariedad en el ejercicio de la administración de justicia (como se citó en Castillo, s/f).

En consecuencia, de emplear los magistrados criterios justos y equitativos como: i) los derechos fundamentales vulnerados del hijo, ii) el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, iii) el método pisano y, iv) el criterio equitativo puro, para cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido, contribuiremos a que el ámbito discrecional con el que cuentan los jueces no se convierta en arbitrariedad producto de la escasa fundamentación que realicen de los casos que sometan a su juicio respecto a la materia, y por ende, sus sentencias expedidas sean debidamente motivadas.

Además, los justiciables podrán conocer las razones de las cuantías establecidas por los jueces en cada uno de sus fallos, además de corroborar la cuantía fijada en relación a casos similares ya resueltos; siendo que los criterios mencionados contribuyen a llenar de fundamento la discrecionalidad con la que cuenta el juez, y que sus decisiones gocen de mayor sustento.

Por lo tanto, es necesario que los criterios fundamentados, como: los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano, y el criterio equitativo puro, sean aplicados en cada caso en concreto por el magistrado al momento de cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, los mismos que permitirán que el juez fije un adecuado resarcimiento.

Por otro lado, con los criterios antes mencionados los jueces podrán fijar montos resarcitorios proporcionales a casos similares, lográndose la predictibilidad de las sentencias. Si bien, el dinero no elimina el daño sufrido, otorga ciertas satisfacciones a las víctimas, que a su vez sirve para reparar el perjuicio producido.

Finalmente, todo hijo (en este caso menor de edad) tiene derecho a ser reconocido por su padre, evitándose así la configuración del daño moral, para ello es importante que la madre del menor ponga en conocimiento al presunto progenitor sobre la existencia de su hijo para que el padre se haga responsable; en caso de existir dudas sobre la paternidad, deberá esclarecerlo lo más pronto posible para el bienestar en general del menor.

### **3.7. CASUÍSTICA**

#### **3.7.1. CASUÍSTICA NACIONAL**

Las 03 sentencias que serán analizadas por las investigadoras han sido emitidas por el Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio – Nuevo Chimbote durante el año 2017 relativos al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial como pretensión principal y una pensión de alimentos de manera accesorio.

**A. CASO N° 1: SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N°  
00050-2017**

**a) Hechos del caso**

La demandante **Pamela Vilca**, en representación de su menor hija **Luana Sifuentes Vilca**, con fecha 17/01/17 interpone demanda de Filiación Extramatrimonial y Alimentos contra el demandado **Luis Sifuentes**, quien a la fecha de la interposición de la misma tenía 3 años 5 meses de edad.

Respecto a la pretensión de Filiación, alega que las falsas promesas del demandado le hicieron dilatar la regularización de la situación legal de la menor no reconocida, conducta que le venía causando perjuicio a la mejor (fundamento segundo), por ello solicita que el padre la reconozca como hija suya o, en su defecto, el juzgado declare judicialmente la filiación extramatrimonial.

Por su parte, el demandado se opone a dicha pretensión señalando que no ha mantenido relaciones íntimas con ella y niega la convivencia que alega la demandante, pues él estaría casado y con dos hijos matrimoniales. Además, solicita auxilio judicial para que se le exonere del pago de tasas judiciales y de la prueba de ADN.

El Juzgado, mediante Res. N° 02, declara improcedente el auxilio judicial solicitado por el demandado al no acreditar la falta de solvencia económica. Al respecto, este no cumple con adjuntar los aranceles por ofrecimiento de pruebas y cédulas de notificación. En ese sentido, el

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

demandado cumplió con subsanar lo requerido por el juzgado, esto es, el pago de los aranceles judiciales.

Siendo así, mediante Res. N° 03, el juzgado tiene por apersonado al demandado, por contestada la demanda y por formulada la oposición, asimismo, señala fecha para audiencia única y toma de muestras, requiriéndole al demandado que en el plazo de 10 días efectúe el reconocimiento voluntario o cumpla con celebrar el contrato con el laboratorio biológico.

Llevado a cabo la audiencia única, el Juzgado advierte que el demandado no ha efectuado el reconocimiento voluntario ni la celebración del contrato con el laboratorio biológico. En consecuencia, mediante Res. N° 04, atendiendo al derecho fundamental al nombre y en base al artículo 1 de la Ley N° 28457, modificada por la Ley N° 29821, se declara judicialmente la filiación extramatrimonial y se cursa el parte correspondiente a RENIEC para que se anote la presente resolución en el acta de nacimiento y se proceda a asentar el reconocimiento paterno filial extramatrimonial y una nueva acta de nacimiento.

Además, respecto a la pretensión accesoria de alimentos, el demandado propone el 10% de sus ingresos mensuales a favor de la menor en la etapa de la conciliación; entendiéndose un reconocimiento de paternidad implícita por su parte.

Sin embargo, el demandado mediante escrito de fecha 01/08/17 interpone apelación contra la Res. N° 04, en el extremo donde se le declara padre biológico, alegando como agravio la vulneración a su derecho de defensa por haberse declarado improcedente su solicitud de auxilio judicial mediante Res. N° 02. Al respecto, el 2° Juzgado Mixto de Nuevo Chimbote confirma la Res. N° 04, en el sentido que el demandado no apeló en su oportunidad la Res. N° 02 que declaró improcedente su solicitud de auxilio judicial.

**B. CASO N° 2: SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N°  
00273-2017**

**a) Hechos del caso**

La demandante **Jessica Alayo Milla**, en representación de su menor hijo **Jesús Alayo Milla** (quien a la fecha tenía 04 años 04 meses), con fecha 12/04/17 interpone demanda de filiación extramatrimonial contra **Keevin Villar Altamirano**.

Respecto a la pretensión de filiación, alega que a los dos meses de gestación el demandado le pidió que no lo demandara por alimentos ni que le exigiera reconocer su paternidad hasta que se gradúe como oficial del ejército, y que posteriormente él haría el reconocimiento y cumpliría con la manutención de su hijo. Sin embargo, al tercer mes de gestación el demandado cambió de opinión y que por recomendación de su madre le pidió a la demandante que abortara.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Cuando nació el menor, el 28/12/12, la madre del demandado le pidió de favor a la demandante que no demande a su hijo ni que perjudique su carrera hasta que se gradúe como oficial, petición a la que la demandante accedió por amor. Luego, en el año 2016 el demandado se comunicó con la recurrente para ayudarla con la manutención del menor en S/. 200.00 soles mensuales; pero, cuando se le hizo de conocimiento que el monto de los gastos en que incurría la demandante es superior, el demandado se negó a reconocer la paternidad del menor; incluso le autorizó que la nueva pareja que tuviera lo podría reconocer.

Mediante Res. N° 01, el Juzgado admite a trámite la demanda, en consecuencia, ordena que el demandado proceda a efectuar el acto de reconocimiento del menor en el plazo de 10 días de notificado o formule su oposición dentro del mismo plazo bajo apercibimiento de convertir dicha resolución en una declaración judicial de paternidad.

Al correrse traslado con la demanda, el demandado estando debidamente notificado, no se opone a la pretensión de filiación; por ende, el Juzgado mediante Res. N° 02 hace efectivo el apercibimiento contenido en la Res. N° 01. En consecuencia, en base al artículo 1 de la Ley N° 28457 modificada por la Ley N° 29821, el derecho fundamental al nombre y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el magistrado declara judicialmente la filiación extramatrimonial del menor, a quien le corresponde el nombre definitivo de Jesús Augusto Villar Alayo, cursándose el parte correspondiente a RENIEC.

Asimismo, mediante Res. N° 05, de fecha 22/08/17, se declara de oficio consentida la Res. N° 02.

**C. CASO N° 3: SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N°  
000213-2017**

**a) Hechos del caso**

Con fecha 22/03/17, la Sra. **Esther Nuñez Calderón**, en representación de su menor hija registrada con el nombre **Loana Nuñez Calderón** (quien a la fecha tenía 01 año 03 meses), interpone demanda de filiación extramatrimonial contra **Miguel Angel Garay García**.

Respecto a la pretensión de Filiación, alega que el demandado se ha desatendido totalmente de la menor al punto de no reconocerla y que las promesas ilusorias del demandado hicieron que se demore en regularizar la situación legal de su menor hija.

Mediante Res. N° 01 se corre traslado de la demanda, sin embargo, una persona ajena al proceso presentó un escrito devolviendo la cédula de notificación con la demanda y anexos.

Al respecto, el Juzgado, mediante Res. N° 04, declara infundada dicha devolución, al constatar que el demandado ha sido debidamente notificado en el domicilio indicado por la demandante, el cual es el mismo declarado en la ficha RENIEC del demandado y que está señalado en su documento de identidad, garantizándose así su derecho a la defensa. Asimismo, se hace efectivo el apercibimiento contenido en la Res. N° 01; en consecuencia, en base al artículo 1 de la Ley N°

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

28457, modificada por la Ley N° 29821, el derecho fundamental al nombre y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el magistrado declara judicialmente la filiación extramatrimonial de la menor, a quien le corresponde el nombre definitivo de Loana Narayana Garay Núñez, cursándose el parte correspondiente a RENIEC.

Además, con Res. N° 10, de fecha 04/01/18, se declara consentida la Res. N° 04.



### **III. MATERIALES Y MÉTODOS**

#### **3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

La presente investigación es de tipo descriptiva–cualitativa, pues los resultados obtenidos no son a consecuencia del empleo de procedimientos estadísticos, a pesar que algunos de los datos pueden ser cuantificados; el estudio en estricto es cualitativo, ya que analizaremos un fenómeno social (Aranzamendi, 2010).

##### **3.1.1.SEGÚN SU NATURALEZA O PROFUNDIDAD**

La investigación según su naturaleza es de tipo descriptiva, ya que se refiere a fenómenos sociales de la actualidad, donde se pretende estudiar los problemas, sus características y analizarlos (Sumarriva, 2009).

En la presente tesis hemos descrito el problema tal cual se aprecia en nuestra realidad, identificando el origen de la problemática planteada, para luego realizar un análisis exhaustivo en relación a, si los criterios a proponerse permitirán cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, con la finalidad de fijar un adecuado resarcimiento.

##### **3.1.2.SEGÚN LA APLICABILIDAD O PROPÓSITO**

Según la aplicabilidad, la investigación es básica, pues se caracteriza sustancialmente porque busca ampliar la teoría cimentada en principios, conceptos y leyes (Sumarriva, 2009).

Por tanto, en la tesis se ha fundamentado qué criterios deben ser aplicados por el juez para cuantificar el daño moral causado al hijo menor de

edad no reconocido por su padre, situación no prevista en la normativa peruana, lo cual genera la emisión de resoluciones no motivadas debidamente.

## **3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **3.2.1. MÉTODOS GENERALES**

#### **a. Método descriptivo**

Este método permite delimitar y describir las particularidades de determinados fenómenos sociales de la actualidad, por lo que, la observación es predominante para estudiar y analizar los problemas, y de ser posible proponer alternativas de solución (Sumarriva, 2009).

Noguera (2014) refiere que la investigación descriptiva no solo se limita a evaluar o recolectar datos del tema a investigar, sino también a predecir e identificar las relaciones que existe entre dos o más variables, por ende, el propósito de este método de investigación es la descripción y clasificación.

Este método nos permitió describir y fundamentar los criterios que el juez debe aplicar para cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, que permita un adecuado resarcimiento.

Igualmente, también hemos empleado métodos teóricos de la investigación, concretamente los métodos lógicos generales, los cuales son:

#### **b. Método Inductivo – Deductivo**

Noguera (2014) el método inductivo se basa en aquellos hechos particulares con el objeto de conseguir conocimientos generales, mientras que el método deductivo es lo contrario, pues parte de principios generales para tratar de conocer o explicar fenómenos particulares, no obstante, ambos métodos son solamente fases diferentes, pero no separadas del proceso de investigación.

Eyssautier de la Mora (2006) considera que el método inductivo – deductivo tiene como objeto estudiar casos particulares para luego llegar a una norma general y, posteriormente, deducir las normas individuales.

El método inductivo se empleó al analizar casos particulares, para llegar a determinar conclusiones generalizadas, lo cual nos permitió fundamentar los criterios que permitirán cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre. El método deductivo se utilizó al realizar deducciones de una ley general que pudo ser contrastada con la problemática presentada en la realidad, y así llegar a conclusiones individuales, las mismas que se aplicarán a hechos particulares.

### **c. Método Analítico – Sintético**

Para Aranzamendi (2010) el método analítico es una operación mental que implica considerar por separado las partes de un todo, mientras que el sintético es el método que se limita a realizar una inspección en conjunto del objeto analizado.

Eyssautier de la Mora (2006) refiere que el método analítico–sintético consiste, primero, en descomponer una unidad en sus partes, para luego,

evaluar y examinar cada uno de ellos por separados, volviéndolos a unir para considerarlas en conjunto.

En ese sentido, este método nos permitió analizar qué parte de la doctrina recabada era importante para el desarrollo de la presente tesis, del mismo modo consignamos información sintetizada y relevante para el desarrollo de la misma.

### **3.2.2. MÉTODOS PROPIOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICO**

#### **a. Método dogmático**

Consiste en realizar un estudio y análisis de las normas que se emplean para desarrollar la investigación, además de una “interpretación doctrinaria, actualizada con las corrientes más modernas del mundo que sobre ese tema son aceptadas” (Noguera, 2014, p. 80). Pues, este método permite construir el derecho y no solo deducirlo (Cornejo, s/f).

Este método se empleó para realizar un análisis concienzudo de las definiciones e instituciones jurídicas, de la norma legal y constitucional seleccionada, de la doctrina y jurisprudencia recabada, todo ello relacionado al problema de investigación planteado.

#### **b. Método sociológico**

Se requiere que el investigador se distancie de su estilo habitual de razonamiento y se coloque en la perspectiva de observador, ya que va a necesitar cierta sensibilidad por lo evidente, además de consultar con más de un experto (Ramos, 2002). También, permite que se investigue las incidencias

de la aplicación de las normas jurídicas en la sociedad, con la finalidad de establecer la relación o disconformidad de la aplicación de la ley en un contexto y realidad social (Aranzamendi, 2010).

El método sociológico se utilizó porque la ausencia de criterios para que se cuantifique el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido es un problema de realidad social, por lo se tuvo que profundizar en el tema, recurriendo a profesionales en Psicología.

### **c. Método Histórico**

Para Noguera (2014) es el estudio detallado de todos los antecedentes y acontecimientos de carácter histórico en que se desarrollaron determinados tipos de procesos. Pues, según Aranzamendi (2010) “todo fenómeno está sujeto al devenir histórico y en el derecho se hace ciencia investigando los orígenes, evolución, importancia, transformación, características del sistema y ordenamiento jurídico” (p. 181).

Este método nos ayudó a analizar la evolución en el tiempo de la legislación, como la doctrina nacional y comparada, respecto al tema del daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

## **3.2.3. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

### **a. Método Hermenéutico Jurídico**

Para Solís (2001) la hermenéutica busca interpretar las normas para establecer su sentido. Pues este método va más allá de una simple interpretación textual. Además, aquí se destaca la creatividad y el papel de

comprensión del intérprete en su relación con el texto que interpreta, en este caso la norma será comprendida íntegramente siempre que se tenga en cuenta el contexto al que corresponde.

Este método se utilizó para comprender la necesidad de fundamentar y proponer criterios que le permitan al juez cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre. Además, nos permitió interpretar la doctrina y los artículos del Código Civil: sobre daño moral, responsabilidad civil, filiación extramatrimonial.

#### **b. Método dogmático jurídico**

Para Núñez (2014) este método tiene como objetivo adecuar el contenido del derecho, ya sea para compensar exigencias materiales de justicia, o para enmendar los defectos lógicos como lagunas y redundancias. Por lo que acude al derecho nacional y comparado, y de manera ocasional a la jurisprudencia (Ramos, 2002).

Este método se empleó para realizar un estudio teórico de las instituciones referentes al derecho de familia y derecho civil; también nos permitió hacer uso del derecho nacional, comparado y jurisprudencia para analizar y desarrollar la problemática jurídica planteada.

#### **c. Método Extensivo**

Galindo (2006) manifiesta que este método explica que las palabras utilizadas en el texto expresan menos que el verdadero contenido de la norma, por lo cual, se le permite al intérprete dar una mayor profundidad

y extensión al alcance de la norma por aplicar, para lo cual se necesita realizar una interpretación con mayor amplitud.

Este método nos ayudó a fundamentar que los criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano, y el criterio equitativo puro contribuyen a cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, permitiendo un adecuado resarcimiento.

### **3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

El diseño de investigación a emplearse será de INVESTIGACIÓN – ACCIÓN, pues tiene la “finalidad de comprender y solucionar problemas específicos de una colectividad vinculadas a un ambiente (grupo, programa, organización o comunidad)” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 496).

Mediante nuestra investigación se analizó la problemática del daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre y, en consecuencia, se fundamentó los criterios que le permiten al juez cuantificar dicho daño, a fin de afianzar el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, y los derechos fundamentales del menor de edad.

Específicamente, dentro de la investigación jurídica, el diseño de investigación que utilizamos fue el DESCRIPTIVO – PROPOSITIVO, en tanto se cuestionó los vacíos o lagunas de la norma jurídica existente, evidenciando sus deficiencias con la finalidad de culminar en propuestas teóricas o legislativas (Aranzamendi, 2013).

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Por tanto, a través de las técnicas e instrumentos de recolección de datos empleados en la presente tesis se permitió estudiar la legislación, doctrina, casuística nacional y extranjera, conforme al problema de investigación jurídica descrita, advirtiendo la necesidad de fundamentar y proponer los criterios que el juez debe aplicar para cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, que permita un adecuado resarcimiento, evitando la arbitrariedad del juez y, por el contrario, sus decisiones sean justas y predictibles.

### **3.4. POBLACION MUESTRAL**

La presente investigación es de enfoque cualitativo, por ende, hemos utilizado la **muestra por conveniencia**, la misma que está formada por los casos disponibles a los cuales se tiene acceso (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

En el caso de la presente tesis, la población muestral está formada por tres (03) sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Nuevo Chimbote, de la Corte Superior de Justicia del Santa, durante el año 2017, sobre filiación extramatrimonial de hijos menores de edad; y, son los siguientes:

<b>SENTENCIAS DERIVADAS DE LOS EXPEDIENTES EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2017</b>	
Exp. N° 00050-2017-0-2506-JP-FC-01	Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio – Nuevo Chimbote
Exp. N° 00273-2017-0-2506-JP-FC-01	Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio – Nuevo Chimbote
Exp. N° 00213-2017-0-2506-JP-FC-01	Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio – Nuevo Chimbote



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Habiendo efectuado un análisis por inmersión inicial, hemos podido verificar que en estos expedientes no existen pretensiones sobre daño moral relacionadas con la materia que se investiga; no obstante, de los fundamentos de hechos de la demanda se advierte que sí existe una afectación emocional en los menores, ya que estos han crecido sin una figura paterna, a pesar que los progenitores han tenido pleno conocimiento de la existencia de sus menores hijos, pues con falsas promesas de reconocimiento que estos realizaban a las madres, hacían dilatar la regularización de la situación legal de los menores, viéndose así vulnerado la identidad estática de estos últimos.

En ese sentido, al advertirse una afectación emocional en los menores no reconocidos por sus padres, estos vendrían a ser merecedores de una compensación económica para resarcir el daño moral que se les ocasionó. Por ende, a efectos de cuantificar este daño y, ante la ausencia de criterios, se diagnosticó la necesidad de proponer criterios que permitan al juez cuantificar el daño moral. Igualmente, para que los abogados fundamenten eficientemente sus pretensiones al solicitar la compensación por el daño moral, que al parecer por desconocimiento y/o negligencia no lo hacen; y por lo mismo, los jueces hagan asequible sus pretensiones.

Asimismo, es menester mencionar que, en la jurisprudencia argentina, la problemática planteada en nuestra tesis (criterios que permitan cuantificar el daño moral en el hijo no reconocido por su padre) ha sido abordada; de las mismas que luego de una inmersión inicial se advierte la existencia del daño moral por la falta de reconocimiento de los hijos y, en consecuencia, señalan criterios para cuantificarlo, siendo las siguientes:

<b>SENTENCIAS DERIVADAS DE LOS EXPEDIENTES EMITIDOS DURANTE LOS AÑOS 2016 Y 2017</b>	
Exp. N° 102350-2016	Tribunal Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.
Exp. N° 40744-2017	Tribunal Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.
Exp. N° 61585-2016	Tribunal Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

### **3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

#### **3.5.1. TÉCNICAS**

Las técnicas que emplearemos son las siguientes:

- a. Observación documental: Esta técnica “(...) es la lectura de documentos impresos o no, como revistas, libros, informes, periódicos, partidas de nacimiento, actas de defunción, oficios, cartas, ponencias, etc.” (Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagómez, 2014, p. 207).

En síntesis, consiste en la lectura y estudio de manuscritos e impresos como libros, revistas, cartas, etc. (Noguera, 2014).

Esta técnica nos permitió observar, consultar y estudiar los documentos y escritos recopilados, así como la lectura de las sentencias judiciales.

- b. Técnica de información documental: Al utilizarse esta técnica de recopilación de datos el investigador debe obtener previamente aquellas fuentes que son materia de investigación, ya sea un libro, diarios, revistas, archivos, etc. (Noguera 2014).

Esta técnica nos sirvió para recopilar información de libros, tesis, revistas y casuísticas obtenidas de las distintas bibliotecas visitadas por las investigadoras, y de las páginas virtuales (fuentes confiables).

- c. Técnica de análisis documental: Para el empleo de esta técnica se debe realizar un análisis interno y externo de las fuentes obtenidas. Por tanto, el primer análisis contribuirá a obtener y extraer todos los datos del documento mismo, mientras que en el análisis externo los datos pueden obtenerse de fuentes distintas al documento (Noguera, 2014).

Asimismo, consiste en indagar fuentes de diversa naturaleza (cartas, documentos, memorias etc.) que permitan aproximarse al concepto de derecho y justicia establecidas en el transcurso de la historia (Bautista, 2011).

Se empleó esta técnica para analizar toda la información recopilada de los libros jurídicos obtenidos de las bibliotecas visitadas, y de la casuística nacional y comparada.

- d. Entrevista: Con esta técnica se recolecta información a través del diálogo inmediato y directo entre el sujeto que entrevista con el sujeto de estudio o entrevistado (Solís, 2001).

Para Aranzamendi (2010) es una técnica de investigación el cual consiste en el intercambio directo e inmediato entre los sujetos investigadores y las personas entrevistadas que brindaran la información requerida.

Esta técnica nos ayudó a recolectar información mediante las guías de entrevistas que se realizaron a los profesionales en psicología a fin de obtener información relevante por parte de estos, respecto a la afectación

moral y psicológica que se causa al hijo menor de edad por el no reconocimiento de su padre.

- e. El fichaje: Consiste en anotar datos e ideas relevantes al tema de investigación, para luego registrar la información en fichas (Sumarriva, 2009). Dicha información será obtenida de libros, diarios, revistas y toda fuente que contribuya al desarrollo de la investigación (Noguera, 2014). Esta técnica nos permitió almacenar la información seleccionada en fichas de manera ordenada para el desarrollo y elaboración de la presente tesis.

Asimismo, mediante la técnica del fichaje hemos seleccionado y acumulado datos e información relevante a través de la recopilación de citas, las cuales fueron útiles para la solución de la problemática planteada en la presente tesis.

### **3.5.2. INSTRUMENTOS**

Los instrumentos que emplearemos son los siguientes:

- a. Guía de entrevista: Sirve a la técnica de la entrevista, la misma que radica en una hoja impresa o no, conteniendo las interrogantes que se formularán a la persona entrevistada (Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagómez, 2014).

Se utilizó este instrumento para formular preguntas abiertas relacionadas al tema de investigación, las que fueron respondidas por un especialista en psicología.

- b. Guía de análisis de caso o bitácora de análisis: Hernández, Fernández y Baptista (2014) señalan que este instrumento “tiene como finalidad documentar el procedimiento de análisis y las reacciones del investigador al proceso” (p. 425).

Este instrumento nos permitió estudiar y analizar los aspectos más importantes de la casuística compilada.

- c. Registro de datos: Son instrumentos valiosos que le son útiles al investigador, ya que le permite registrar y sistematizar un conjunto de datos, puesto que no se puede confiar en la memoria (Bautista, 2011).

Este instrumento se utilizó para llevar a cabo el análisis documental, anotando datos relevantes en cuadernos de apuntes y computadora portátil.

- d. Fichas: Este instrumento es la anotación literal, resumen o paráfrasis de un determinado texto (Sumarriva, 2009). Pues, su uso en la elaboración de tesis es relevante para una mejor organización del estudio. En ese sentido, al consultarse diversas fuentes de información como los libros, las fichas fueron necesarias para organizar de manera sistematizada la información seleccionada.

Por ende, se empleó para registrar y sintetizar la información extraída de las distintas fuentes bibliográficas consultadas, como libros, tesis, revistas, informes, y casuísticas, etc. Siendo las más utilizadas las siguientes:

- d.1) Fichas bibliográficas o de referencia: Contiene todos los datos del libro, revista o periódico consultado (Noguera, 2014). Este tipo de

fichas nos permitió anotar las referencias bibliográficas del material empleado en la tesis.

d.2) Fichas textuales: Son las fichas que registran literalmente una parte o fragmento del texto de origen que son de especial relevancia para el trabajo de investigación (Sumarriva, 2009). Estas fichas nos permitieron recoger textualmente ciertos fragmentos de los libros que fueron de gran utilidad en la presente tesis.

d.3) Fichas ideográficas o de resumen: En estas se anotarán las ideas más valiosas de un determinado texto (Noguera, 2014). Con el uso de estas fichas consignamos las ideas más importantes extraídas de ciertos libros, tesis, revistas e informes relevantes para la presente tesis.

d.4) Fichas personales o de comentario: En ellas se consignan las declaraciones interpretativas que se hace de un texto leído, constituyendo un aporte del investigador (Sumarriva, 2009).

A través de este tipo de fichas las investigadoras registraron sus opiniones respecto de la información estudiada y analizada.

### **3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS**

#### **a. Corte y clasificación**

Esta técnica consiste en clasificar e identificar aquellas expresiones o segmentos que se consideran relevantes para el planteamiento, para luego unirlos conceptualmente y ser analizados por el investigador; para lograr ello existen diversas técnicas, como es el método de comparación constante (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

El uso de esta técnica nos permitió analizar la información obtenida y seleccionar aquellas ideas que resultaron importantes para la presente tesis, pues luego de sistematizar la información recabada la hemos empleado para fundamentar nuestra hipótesis y elaborar el marco teórico de nuestra investigación.

**b. Metacodificación**

“Con este método, se analiza la relación que existe entre las categorías sugeridas por estudios previos (marco teórico) para descubrir otras potencialmente nuevas y temas. La técnica requiere un conjunto de unidades o datos y un conjunto de categorías establecida” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 440).

Esta técnica se utilizó para recabar diversa información aportada por otros tesisistas respecto al tema del resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, lo que nos permitió reforzar la presente investigación.

**3.7. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS**

De acuerdo a lo desarrollado en el acápite 3.4 de este capítulo sobre “Técnicas e instrumentos de recolección de datos”, las investigadoras hemos empleado instrumentos como la guía de entrevista, la bitácora de análisis, registro de datos y fichas, con el propósito de recopilar información destacada y necesaria para la presente tesis.

#### **IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

La propuesta de criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro, permiten cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad a consecuencia de la omisión del reconocimiento de su paternidad, contribuyendo a una debida motivación de las sentencias judiciales expedidas por los magistrados, con cuantías resarcitorias justas y equitativas.

##### **RESULTADO N° 01**

La conducta antijurídica del padre que omite reconocer a su hijo menor de edad conociendo de su existencia desde su nacimiento incurre en responsabilidad civil extracontractual al causarle daño moral, el cual se fundamenta en el deber jurídico de no causar daño a nadie, para ello es necesario el cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil.

##### **DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 01**

La responsabilidad civil es “una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado” (Espinoza, 2013, p. 46).

Estando a la presente tesis, la responsabilidad civil del padre por el no reconocimiento de su hijo menor de edad es de tipo extracontractual, el cual gira en base a la protección del principio “*alturum nom laedere*”, es decir, el deber jurídico de no causar daño a nadie.



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Asimismo, esta responsabilidad extracontractual que se le atribuye al padre deriva del cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil aplicados al derecho de familia, los cuales son: la capacidad de imputación, la conducta antijurídica, la consecuencia dañosa, el nexo de causalidad (entre la imputabilidad y el daño causado) y, el factor de atribución.

Respecto a la imputabilidad, un padre que no reconoce a su hijo menor de edad será responsable civil siempre que pueda discernir entre lo bueno y lo malo, entre lo lícito o no, es decir, debe tener la capacidad de responder por las consecuencias dañosas de su conducta omisiva; incluso, en caso el padre sea menor de edad, nuestro Código Civil señala que una vez cumplido los 14 años este podrá reconocer a su hijo extramatrimonial (artículo 393).

Cabe mencionar que, en caso de que el padre dude sobre su paternidad, podría optar - en principio- por realizarse un examen de ADN que le permita verificar su paternidad antes de que se le demande por filiación extramatrimonial, o, en caso ya se haya iniciado este proceso (con la cual recién toma conocimiento de su supuesta paternidad) no debería negarse sin justificación a la realización del examen de ADN.

Sobre la conducta antijurídica, esta no sólo surge por quebrantar una norma imperativa, sino también por contravenir los principios o valores sobre los que se organiza el sistema jurídico (Espinoza, 2002).

Queda claro que en nuestro ordenamiento jurídico no existe textualmente el deber o la obligación de reconocer a los hijos, sin embargo, ello se puede advertir del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales que tiene toda persona, como es el de la identidad –y los derechos que incluye– así como el respeto de su dignidad

humana, el Principio del Interés Superior del Niño y del adolescente. En ese sentido, la omisión de reconocimiento de paternidad de un hijo extramatrimonial, es una conducta antijurídica.

Ahora bien, para atribuir responsabilidad civil extracontractual es imprescindible que la conducta antijurídica genere un daño, el cual debe ser cierto, traer como consecuencia una afectación personal, subsistente, injusto, y susceptible de una reparación (Beltrán, 2016).

Al respecto, estando a la presente tesis, cabe preguntarnos ¿Realmente el no reconocimiento de la paternidad causa un daño moral al hijo no reconocido por su padre al vulnerarse su dignidad humana y sus derechos fundamentales (nombre, verdad biológica, derecho a tener una familia, integridad moral y psíquica)?

Consideramos que sí se ocasiona un daño moral al hijo no reconocido, tal como lo advertimos de los casos que conforman nuestra población muestral, donde los padres no reconocen a sus hijos a pesar de tener conocimiento de la existencia de los mismos desde su nacimiento, por ende, vulneran los derechos fundamentales de los menores, principalmente su identidad estática.

Respecto al nexo de causalidad, este presupuesto se refiere a la existencia de una relación de causa–consecuencia entre la conducta del sujeto y el daño ocasionado para determinar el grado responsabilidad del obligado (Torres, 2012).

Este presupuesto también se configura, dado que es indiscutible el daño moral que causa la conducta omisiva del padre al no reconocer voluntariamente a su hijo extramatrimonial.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Por último, en la responsabilidad civil extracontractual y según nuestro actual Código Civil, son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado (Taboada, 2001).

De acuerdo a la presente tesis, estamos frente al factor de atribución subjetivo (culpa), pues solo basta que la conducta del agente sea culposa para que surja la obligación de resarcir a la víctima, además, no es necesario realizar una graduación de la misma.

En ese sentido, es atribuible la culpa al padre biológico quien a pesar de tener conocimiento de la existencia de su hijo no lo reconoce, por tanto, esta omisión de reconocimiento de paternidad causa daño moral al menor de edad.

Cabe precisar que, en el supuesto de existir una justificación suficiente, su no actuación (reconocimiento) no generará alguna obligación. Por ejemplo, pueden presentarse casos en donde hubo ocultamiento del embarazo o del parto; cuando un hijo ha sido concebido entre una mujer casada y varón distinto de su cónyuge, donde se presume que el padre sería el esposo de esta; cuando la madre del hijo hizo incurrir en error excusable –debidamente justificado– al padre, o cuando en la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales con más de una persona. Siendo en estos supuestos atribuible la conducta antijurídica a la madre.

De todo lo expuesto, al configurarse todos estos presupuestos (imputabilidad, conducta antijurídica, daño, nexo causal y factor de atribución) en el derecho de familia, podemos advertir la responsabilidad civil extracontractual en que incurre el padre irresponsable que omite reconocer a su hijo menor de edad a pesar de tener conocimiento de su existencia.

## **RESULTADO N° 02**

El no reconocimiento de un hijo menor de edad por parte de su padre causa daño moral en el primero, al verse afectado su esfera emocional y al vulnerarse derechos que contribuyen al desarrollo de su personalidad, lo cual es pasible de un resarcimiento derivado de la responsabilidad civil.

## **DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 02**

El profesor León (2004) refiere que el daño moral es el detrimento ocasionado al estado de ánimo de una persona debido a la comisión de un hecho antijurídico, cometido por otro sujeto, generador de responsabilidad civil. Por su parte, Taboada (2001) señala que este daño no tiene contenido patrimonial, ya que por su propia naturaleza lo hace no valorizable en dinero.

Ello, a razón de que el daño moral aqueja al mundo inmaterial de los sentimientos, es decir, aquel que no se trata de una pérdida pecuniaria, sino que se atenta contra un derecho extrapatrimonial (los hermanos Mazeaud, como se citó en Manzanares, 2008).

En principio, el daño moral no es apreciable en dinero, puesto que no se puede examinar de manera externa los sentimientos de una persona, siendo complicado asignarle un precio al dolor.

Sin embargo, a pesar que no es fácil establecer pecuniariamente el precio de un afecto, dolor o un sufrimiento (*quantum* de la reparación), León (1992) sostiene que “es un poco villano el hacer descender estos atributos espirituales al tráfico del resarcimiento en dinero. (...) Pero, es más injusto y grave dejar impune un daño provocado en la esfera de los sentimientos del ser humano” (p.420).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

En ese sentido, nos preguntamos ¿Realmente se afecta la esfera emocional de un hijo por el no reconocimiento de su padre? Consideramos que sí, dado que, de las entrevistas realizadas a los psicólogos, concluimos que el hecho que un hijo crezca sin una figura paterna, esto le ocasiona una afectación emocional, la misma que se verá reflejada en su ámbito intrapersonal (baja autoestima), familiar y cognitivo.

Esta afectación será en menor o mayor grado dependiendo del medio familiar y social donde se desenvuelve el menor, pues los estereotipos o prejuicios que trasmite la sociedad influirán en los esquemas sociales o mentales del hijo no reconocido. Además, porque a consecuencia del no reconocimiento, el menor se desvincula de la figura paterna generándole sentimientos de resentimiento y remordimiento hacia el padre, más aún si no cuentan con el soporte familiar adecuado.

En esa misma línea, los jueces entrevistados para fines de esta investigación consideran que sí podría generarse un daño moral en el menor de edad por el no reconocimiento de su padre, siempre y cuando el supuesto progenitor tenga conocimiento de la existencia de su hijo y aun así no lo quiera reconocer; dado que en el supuesto de que el padre desconozca que tiene un hijo, será la madre la responsable del daño causado al menor.

Aunado a ello, también se ven vulnerados los derechos de la personalidad del menor (identidad, nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, a la integridad moral y psíquica); siendo que este daño moral (afectación emocional) debería ser reparado. Tal como lo señalan los jueces entrevistados “*el daño moral causado al menor de edad no reconocido por su padre deberá ser reparado*”, en base al artículo 1984 del Código Civil y el deber general de no causar daño a nadie, pues de acreditarse que el menor se

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

ha visto afectado en su esfera interna por su no reconocimiento, merece una reparación económica.

Para ello, debe tenerse en cuenta los artículos 1984 y 1985 del Código Civil, respecto al daño moral en la responsabilidad extracontractual, los cuales refieren que, este será indemnizado (léase resarcido) tomando en cuenta la magnitud y el menoscabo ocasionado a la víctima o su familia; y, para su indemnización debe coexistir una relación de causalidad entre el hecho y el daño causado.

Cabe mencionar que, frente a daños extrapatrimoniales, los jueces han decidido fijar montos dinerarios como medio de reparación, encontrándonos ante un tipo de resarcimiento *por equivalente*, el mismo que a través del dinero busca compensar el daño soportado por la víctima.

Al respecto, el dinero, a pesar de ser un bien material distinto a los sentimientos y a la esfera interna de una persona, es el medio tal vez más apto para conseguir la satisfacción de las víctimas (Zavala, 1999).

Siendo así, el daño moral (extrapatrimonial) causado al hijo no reconocido –al ser *por equivalente*– será reparado en su dimensión real mediante el dinero, pues, es el medio idóneo para compensar y satisfacer la afectación del menor de edad. En consecuencia, el daño moral termina siendo reparable económicamente (teorías mixtas o eclécticas de la reparación del daño moral) como medio de satisfacción al sufrimiento ocasionado al menor de edad, en vez de sostener que es inmoral ponerle un precio al sufrimiento padecido, pues, deberíamos pensar en el mal menor que se le causaría al hijo.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Finalmente, es importante precisar que la reparación del daño moral tiene una doble función: resarcitoria (desde la posición de la víctima) y sancionatoria (desde la posición del ofensor).

La primera, esencialmente porque nuestra prioridad es proteger a los más indefensos y vulnerables, como son los menores de edad, que en el caso de no ser reconocidos por sus padres se les causa daño moral, ponderando el menoscabo que hayan sufrido, siendo merecedores de una reparación económica.

La segunda, porque con la reparación pecuniaria a imponerse al padre irresponsable a favor del hijo que no reconoció, se le sanciona por su comportamiento reprochable generador de daño moral. Esta sanción, a su vez, cumple una finalidad preventiva, que va dirigida a todos aquellos padres en general, para que en el futuro se abstengan de cometer conductas similares a las que dieron lugar al daño; en consecuencia, reconozcan voluntariamente a sus hijos.

### **RESULTADO N° 03**

Es necesario la aplicación de criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano, y, el criterio equitativo puro, que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre; en consecuencia, frente a futuras pretensiones sobre daño moral respecto al tema, el magistrado fije cuantías resarcitorias justas y equitativas, que en la medida de lo humanamente posible sea proporcional al daño sufrido por el hijo.

### **DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 03**

Arribamos a este resultado teniendo en cuenta no solo nuestra legislación y doctrina, que no regula ni desarrolla criterios que permitan cuantificar el daño moral sobre el tema en cuestión, sino también nuestra jurisprudencia, en especial las sentencias analizadas (derivadas de los expedientes N°: 00050-2017, 00273-2017, 00213-2017) en el acápite 3.7. “CASUÍSTICA” del tercer capítulo, de donde hemos podido verificar que los abogados solo solicitan la declaración de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y una pensión de alimentos para quien tenga legítimo interés, advirtiendo que los jueces del Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Nuevo Chimbote para declarar el entroncamiento familiar entre los demandados y los hijos menores de edad no reconocidos toman en consideración la vulneración del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, así como el derecho fundamental al nombre; sin embargo, una vez determinada esta filiación, se advierte que los abogados no solicitan el resarcimiento por daño moral causado a los menores de edad ante la falta de reconocimiento de sus padres.



**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Cabe aquí traer a colación la opinión de los magistrados entrevistados, quienes consideran que los abogados no conocen de este tipo de resarcimiento, por lo que no lo solicitan, pese a que ninguna norma legal les prohíbe hacerlo.

En ese sentido, a pesar de la ausencia de pretensiones sobre daño moral relacionadas con la materia que se investiga, este tipo de daño se advierte de los fundamentos de hechos de las demandas que conforman nuestra población muestral. Un claro ejemplo de ello, se puede apreciar del Exp. N° 273-2017-Nuevo Chimbote, donde la madre de la menor alegó haber retrasado su demanda de filiación extramatrimonial dado que el padre de esta le pidió que no lo perjudique demandándolo judicialmente hasta finalizar su carrera militar de oficial del ejército, prometiéndole que reconocería a la menor al graduarse, siendo que, al nacer la menor, la demandante decidió registrarla con sus apellidos. Sin embargo, este reconocimiento voluntario no se dio, ya que cuando el demandado se enteró que los gastos de su hija eran superiores al monto mensual que él ofrecía, optó por no reconocerla (conducta antijurídica), viéndose la madre obligada a iniciar el proceso de filiación extramatrimonial y accesoriamente alimentos, pues ya había esperado tiempo suficiente para regularizar la situación legal de su menor hija.

Del caso en mención, se advierte que la demandante ha venido asumiendo el rol de padre y madre para la menor, además, cabe precisar que el tiempo transcurrido para demandar la filiación está justificada por las falsas promesas del demandado. Asimismo, a la fecha de interposición de la demanda (12/04/2017) la menor contaba con 04 años y 04 meses de edad, tiempo suficiente para darse cuenta de la ausencia de una figura paterna; en consecuencia, si bien el actuar de la madre fue diligente, no obstante, se causó daño moral a la menor (afectación emocional), ya que esta se vio afectada por la vulneración de su derecho a la identidad estática.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Si bien este daño es de tipo inmaterial, no es óbice para ser compensado, es por ello que en la práctica se emplea sumas de dinero como medio para su reparación, pues el dinero va a permitir que las personas afectadas reciban satisfacciones que atenúen los detrimentos sufridos.

Por tanto, al existir daño moral causado al hijo menor de edad por el no reconocimiento de su padre y, ante la ausencia de criterios que permitan cuantificarlo, se diagnosticó la necesidad de colmar la misma fijando criterios que el magistrado debería aplicar para cuantificar dicho daño moral. Además, para que los abogados fundamenten eficientemente sus pretensiones al solicitar el resarcimiento por daño moral, que al parecer por desconocimiento y/o negligencia no lo hacen; y, por lo mismo, los jueces hagan asequible sus pretensiones.

Al respecto, es necesario traer a colación lo que sucede en la jurisprudencia argentina, (Exp. N° 102350-2016-Buenos Aires) donde no solo se advierte el daño moral causado al hijo por el no reconocimiento del padre, en cuyo considerando sexto de la sentencia de vista, la Juez Superior señaló que no tiene dudas acerca de la procedencia del daño moral en el caso en estudio, siendo el demandado civilmente responsable al sustraerse del deber jurídico de reconocer a su descendencia, pues a pesar de tener conocimiento de la existencia de su hija y, de demostrarse el vínculo filiatorio con la misma, no la reconoció voluntariamente en primera instancia, trayendo como consecuencia un ineludible agravio moral por la vulneración de los derechos de su personalidad (afectación emocional); sino, además se advierte que los jueces a través de sus fallos han establecido criterios para determinar la cuantificación del daño moral causado al hijo no reconocido por su padre, estableciendo como criterios los siguientes: i) La edad que tenga el menor y el impacto especial en la etapa de la adolescencia; ii) El plazo

que ha transcurrido desde la negativa paterna; iii) La aptitud que tiene el padre durante el proceso; iv) La demora en iniciar la acción de filiación por parte de la madre; v) La situación social en la que se encuentran los padres (Expediente N° 40744/9, de fecha 05 de abril del 2017, que contiene la sentencia emitida por la Sala de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes).

Asimismo, en el Expediente N° 61585/10, de fecha 26 de octubre del 2016, que contiene la sentencia emitida por la Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, los magistrados sostuvieron que:

El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación (...), de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a la identidad individual y familiar, además de la existencia de un Principio fundamental, el Interés Superior del Niño (...) (p. 4).

Podemos observar que en Argentina ya se han establecido criterios que permiten cuantificar el daño moral causado al hijo no reconocido por su padre, además de tomar en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente como la vulneración de ciertos derechos del hijo. Ciertamente algunos de estos aspectos han servido para el desarrollo de los criterios propuestos en la presente tesis, los mismos que se evidenciarán más adelante.

En ese sentido, el profesor León (2004) refería que desde la promulgación de nuestro actual Código Civil peruano se ha perdido de vista la tarea de *perfeccionar la técnica para cuantificar el daño moral*. Y, recomienda: “a este último objetivo es al que deberían dedicarse los modernos estudios de responsabilidad en el Perú” (p. 236).

Es así que hemos visto necesario la propuesta de criterios que deben ser de aplicación por el juez para cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, con lo cual estaríamos contribuyendo a que el magistrado fije montos

resarcitorios justos y equitativos a favor de los hijos, que sirven como medio de satisfacción al sufrimiento ocasionado a los sentimientos y la esfera interna del menor de edad.

Siendo así, los criterios que deberían ser aplicados por los magistrados para cuantificar el daño moral en cada caso que sometan a su juicio deberían ser: los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisanó y, el criterio equitativo puro.

Respecto al primer criterio “**derechos fundamentales vulnerados del hijo**”, es necesario precisar que en los casos derivados de los expedientes N°: 00050-2017, 00273-2017, 00213-2017, tramitados en el Juzgado de Paz Letrado Transitorio de Nuevo Chimbote, se advierte que los padres al omitir reconocer a sus hijos conociendo de su existencia transgreden varios derechos fundamentales del menor de edad, como: el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, a la integridad moral y psíquica, ello a consecuencia de no presentar una situación de filiación clara.

El **derecho a la identidad** es aquel que está regulado y desarrollado en el derecho nacional y comparado. Fernández (2002) lo define como “el conjunto de caracteres y atributos que permiten individualizar a una persona en sociedad, pues estos rasgos de la personalidad de cada sujeto se proyectan hacia el exterior haciéndolo único” (p. 112).

Además, este derecho está sustentado en dos aspectos: a) objetivo o estático, se refiere estrictamente a la identificación de la persona (nombre, apellido, seudónimo, fecha de nacimiento, personalidad, etc.), y, b) subjetivo o dinámico, se refiere a que el sujeto

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

pueda conocer su verdad personal (origen biológico, costumbres, cultura, ideología, religión, etc.), siendo este aspecto el más amplio; los cuales permiten individualizar a una persona de los demás integrantes de una colectividad.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la presente tesis se centrará en los supuestos donde el padre tiene pleno conocimiento de la existencia de un hijo propio y aun así no lo reconoce (vulnerándose su identidad estática), asimismo donde la madre actuó de manera diligente, siendo que la demora para interponer la demanda de filiación extramatrimonial se encuentra justificada por las falsas promesas de los demandados (población muestral).

Si bien, el no reconocimiento de un hijo vulnera su identidad estática, cabe preguntarnos ¿En qué situación se vulnera la identidad dinámica, si se sabe que un sujeto a una edad determinada ya tiene construida esta identidad subjetiva? Es aquí necesario traer a colación la Casación N° 950-2016-Arequipa, donde si bien el hijo menor de edad ya tiene construida su identidad dinámica con una figura paterna distinta a su verdadero progenitor, pero después de cierto tiempo el padre biológico decide reconocerlo, a pesar que tuvo pleno conocimiento de su existencia desde su nacimiento, no se estaría vulnerando la identidad dinámica del menor pero sí la identidad estática (verdad biológica), dado que si un hijo se entera que su supuesto padre (quien lo reconoció) no lo es, y que su verdadero progenitor no lo quiso reconocer, le ocasionaría una afectación emocional. De lo expuesto, independientemente que un menor de edad ya haya desarrollado su identidad dinámica con una figura paterna distinta, es la identidad estática (verdad biológica) la que se verá afectada.

Otro derecho que es vulnerado ante el hecho de un no reconocimiento de un hijo propio es **el nombre**, el mismo que permite individualizarlo dentro de la sociedad, siendo obligación del Estado amparar este derecho para salvaguardar la identidad del mismo. Pues todas las personas merecen ser identificadas por un nombre para su reconocimiento frente a los demás; en consecuencia, desde el nacimiento se tiene derecho a tener un nombre, un apellido y a ser registrado en el Registro Civil respectivo.

Por tanto, frente a supuestos donde el padre de un menor de edad no lo reconoce como su hijo se vulnera el derecho a llevar un nombre, lo que incluye los apellidos de ambos progenitores. Siguiendo a Medina (2014) “el apellido denota, la procedencia familiar de un individuo (...)” (p. 609). Es así que la privación de llevar el apellido paterno genera una afectación moral y psicológica en el hijo, además de estar desprotegido legalmente al no tener el reconocimiento por parte de su padre.

Otro derecho que se vulnera es a la **verdad biológica** o identidad biológica, la cual no solo implica que el menor de edad conozca a sus padres biológicos, sino también “reforzar y estructurar los vínculos paterno-filiales que mantiene con las personas que considera sus padres o su familia y que definitivamente inciden con la personalidad e identidad del hijo” (Manrique, 2013, p. 87).

En ese sentido, en los casos de omisión de reconocimiento por parte del padre respecto a un hijo suyo que nace dentro de una relación extramatrimonial, es evidente la afectación al derecho a la verdad biológica, ya que el padre del menor de edad le está privando no solo conocerlo a él como “padre”, sino también a la familia del progenitor.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Asimismo, se transgrede el **derecho a tener una familia**, la misma que constituye el núcleo central y fundamental donde el hijo pueda vivir, crecer, desarrollarse emocional, personal y socialmente. Es decir, el derecho constitucional a tener una familia que tiene todo niño/a y adolescente es vulnerado cuando un padre no lo reconoce como su primogénito, toda vez que el desarrollo infantil y adolescente no sólo se basa en su vestimenta, alimentación o salud, sino también en las interrelaciones afectivas y emocionales que le brinda una familia, lo cual permite su desarrollo integral como persona.

Otro derecho que se vulnera es el **derecho a la integridad moral y psíquica**. El primero está ligado al desarrollo de la personalidad de un sujeto, siendo que con su transgresión se obstaculiza su capacidad de realización; por su parte la integridad psíquica no solo influye en el desarrollo de la personalidad sino también en el comportamiento de una persona (Rubio, como se citó en Reyna, 2013). En ese sentido, la vulneración de este derecho entorpecería el desarrollo de la personalidad del hijo menor de edad no reconocido por su padre producto de la innegable afectación moral y psicológica que se le ocasiona.

El Estado Peruano tiene el deber de garantizar la eficacia, protección y preservación de todos estos derechos frente a transgresiones o restricciones que pueda ejercer el mismo mediante sus órganos y su legislación, o por parte de cualquier sujeto (como aquel padre que omite reconocer a un hijo suyo).

En consecuencia, los derechos fundamentales vulnerados del hijo es uno de los criterios indispensables que debe analizar el magistrado en cada caso que somete a su juicio, mismos derechos que no solo están reconocidos por el Estado Peruano sino también por Organismos Internacionales, dado que es incuestionable la afectación

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

moral, psicológica y emocional en el desarrollo del menor producto del actuar irresponsable del padre que omitió reconocerlo.

Es aquí, donde corresponde preguntarnos: ¿Cómo podrían afectarse los derechos fundamentales alegados y su perjuicio en el tiempo, si es justamente la madre quien en representación del menor debería ejercer su derecho de acción para demandar el reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial? ¿Entonces, a quién le es imputable el presunto daño moral del menor, al padre que presuntamente conoce su paternidad, o a la madre, que conociendo quién es el padre biológico de su hijo, no demanda el reconocimiento de paternidad?

Consideramos que los derechos fundamentales alegados se verán afectados siempre que la madre no actúe diligentemente dejando transcurrir mucho tiempo para accionar contra el supuesto padre biológico (quien no tiene conocimiento de la existencia del menor), pese a que es la madre quien se encuentra en mejor posibilidad de conocer quién es el verdadero padre de su hijo; en este supuesto, será la madre la responsable del daño moral causado al menor.

Caso contrario a lo que se advierte en nuestra población muestral, donde los padres tienen pleno conocimiento de la existencia de sus menores hijos desde su nacimiento, no obstante, no los reconocen realizando falsas promesas a las madres para que estas no accionen contra ellos, prometiéndoles un reconocimiento voluntario que finalmente no se llevó a cabo; en consecuencia, la responsabilidad por el daño moral causado a los menores será trasladada a los papás, pues la demora para interponer la demanda de filiación por parte de las madres estuvo justificada.



Ahora bien, en el caso de que las madres conociendo la paternidad de sus menores hijos no accionan contra sus padres biológicos, los mismos que también conocen de su presunta paternidad, consideramos que en este supuesto habrá una responsabilidad compartida, dado que ambos estaban en la posibilidad de regularizar la situación legal de sus hijos, pero no lo hicieron.

Respecto al **“Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente”**, este es otro de los criterios que debe aplicar el juez al momento de cuantificar el daño moral que se causa al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

Este principio debe entenderse como el eje esencial en los procesos judiciales donde se encuentra involucrado un menor de edad, dado que es el garante de la efectividad de los derechos que posee todo niño/a y adolescente. Por lo tanto, transgredir este principio significaría ir contra el bienestar del menor de edad.

Entonces, frente a una situación de omisión de reconocimiento de paternidad por causas injustificadas, dada una clara vulneración de los derechos fundamentales del menor de edad, primará el Interés Superior del Niño y del Adolescente frente a otros intereses en juego, en este caso, las del propio padre irresponsable. Como bien menciona Manrique (2013) este principio “permite determinar la mejor opción para la debida protección de los derechos fundamentales del menor de edad” (p. 88).

Ahora, si bien los principales garantes del principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente son los padres quienes deberían actuar en favor de todo lo que les beneficia a sus hijos; los juzgadores también lo son al momento de emitir sus sentencias, quienes deberán acoger las medidas que consideren necesarias en cada caso

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

determinado para hacer prevalecer dicho principio, en beneficio de los menores de edad.

En aplicación de este principio, cuando el menor de edad (representado por su madre) solicite resarcimiento por daño moral causado por su padre al no reconocerlo voluntariamente existe una afectación en sus derechos y sentimientos; en este caso corresponde al magistrado determinar lo más conveniente para el menor de edad, esto es, una cuantía resarcitoria justa y equitativa que en la medida de lo posible sea proporcional al daño ocasionado.

Compartimos la idea que ante cualquier controversia en donde esté inmerso un niño/a y adolescente, los operadores de justicia deberán invocar y aplicar el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, como guía para resolver un determinado conflicto (Sokolich, 2013).

En consecuencia, este principio es otro de los criterios que deberá aplicar el juez al momento de cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad inmerso en un proceso judicial; lo que a su vez contribuye a la fijación de resarcimientos adecuados.

Respecto al tercer criterio **“el método pisano”**, este ha sido adoptado de la jurisprudencia italiana que nace a efectos de valorizar el daño biológico (extrapatrimonial) aplicado al ámbito del derecho laboral. En ese sentido, al ser el daño moral uno de tipo extrapatrimonial, hemos visto a bien considerar el método pisano como un criterio más a ser aplicado por el juez para cuantificar dicho daño que, en materia de la presente tesis, es causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

En el tema en cuestión, debemos entender al método pisano como aquel criterio encargado de la valoración equitativa que realice el magistrado de la afectación ocasionada en la esfera interna del hijo menor de edad no reconocido. Para lo cual el juez necesitará la opinión de un profesional en psicología quien a través de una evaluación psicológica podrá determinar el grado de afectación psicológica y emocional del hijo a causa de la omisión de su reconocimiento, esto a razón de que el magistrado conoce del derecho y su aplicación, más no es un especialista en psicología.

Es importante dejar en claro que el criterio del método pisano será de aplicación por el juez en función a la víctima, es decir, para evaluar el daño causado al menor de edad frente a su no reconocimiento como hijo legítimo por parte de su padre, con el fin de personalizar el menoscabo que haya sufrido.

Aquel informe psicológico será analizado por el magistrado como parte de la aplicación del método pisano, con la finalidad que la valoración de la cuantía resarcitoria a fijarse por concepto de daño moral sea justa; siendo que el menor o mayor grado de afectación en el menor de edad dependerá de diferentes motivos en cada caso concreto.

Ahora, en el caso de la jurisprudencia argentina la valoración del grado de afectación psicológica será realizada por un perito especializado, siendo que según el Expediente N° 102350, de fecha 17 de octubre del 2016, que contiene la sentencia emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, en su considerando sexto, refiere que el informe expedido por el perito señaló que el hecho que la hija no haya conocido a su progenitor (demandado) le ocasionó un estado de aflicción equivalente en un 30%, por lo que se concluyó que el monto de indemnización por

daño moral solicitado por la recurrente, fijado en \$200,000.00 pesos argentinos, está sujeto a derecho:

**Considerando sexto:** Por último y tocante a las quejas puntuales del demandado con relación a la valoración de la pericia psicológica producida en autos (...) coincido plenamente con el sentenciante de que es acertado valorar el porcentaje de incapacidad psicológica informado por la perito, pues como allí lo explica, el abandono y desconocimiento que sufrió por parte de su padre pudo haberle causado un estado de angustia considerable, circunstancia por la que le asigna un 30% de incapacidad psíquica de la total vida.

Coincidentemente con la jurisprudencia argentina, los psicólogos entrevistados a efectos de la presente tesis consideran que para evaluar el grado de afectación dependerá de las particularidades que presente cada caso concreto. En ese sentido, manifiestan que la afectación emocional en el menor dependerá de la madurez mental, de la capacidad de resiliencia, del medio familiar y social donde se desenvuelve, ya que los estereotipos o prejuicios que trasmite la sociedad influirán en los esquemas sociales o mentales del hijo no reconocido. Para ello, se aplicarán diferentes tipos de instrumentos, por ejemplo:

- a. En el ámbito social, se aplicaría el *test de inteligencia emocional*, el cual permite evaluar la capacidad del ser humano de sentir, comprender, controlar y modificar los estados de ánimos propios y de los demás. Para el presente caso, permitirá evaluar la interacción que tiene el hijo menor de edad no reconocido por su padre con su entorno.

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

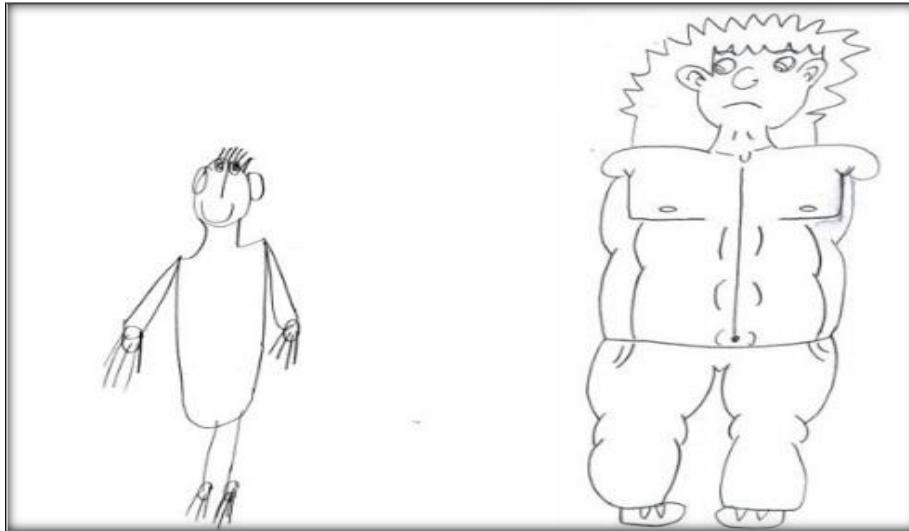


*Blog: Habilidad Social.*

Este instrumento al comprender diversas áreas de la vida, tiene como uno de sus objetivos el bienestar psicológico de las personas, contribuyendo a un mejor desarrollo equilibrado de su personalidad, y de sus relaciones interpersonales, ya sea en el área familiar y social.

- b. En el ámbito emocional, se emplearía el *test de la figura humana* y el *test de la familia*; el primero consiste en que el entrevistado dibuje a una persona, mientras tanto el psicólogo irá evaluando el tiempo que se demora en dibujarlo, el sexo de la imagen, entre otros aspectos que irá tomando nota. En el caso concreto, este instrumento permitirá identificar el nivel de rendimiento del hijo menor de edad no reconocido por su padre, así como la dificultad que tenga para expresar sus ideas o emociones y el bajo o alto nivel de escolaridad. Además, este test contribuye a advertir la intrínseca y profunda personalidad del entrevistado.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**



Estas dos figuras humanas han sido realizadas por dos jóvenes con perfiles muy diferentes. Una de ellas ha sido dibujada por un niño de 8 años y la otra por una niña de 14 años . Sin más datos, podemos pensar que la figura de la izquierda es la que corresponde al niño de 8 años dado que su ejecución es más pobre, mientras que la figura de la derecha correspondería a la niña de 14. No obstante, es justo al revés. Lo importante, pero, es que cada una de las figuras nos abre un mundo de hipótesis. Cada una de ellas, a su forma, nos habla y transmite información.

*Blog: Psicodiagnosis.*

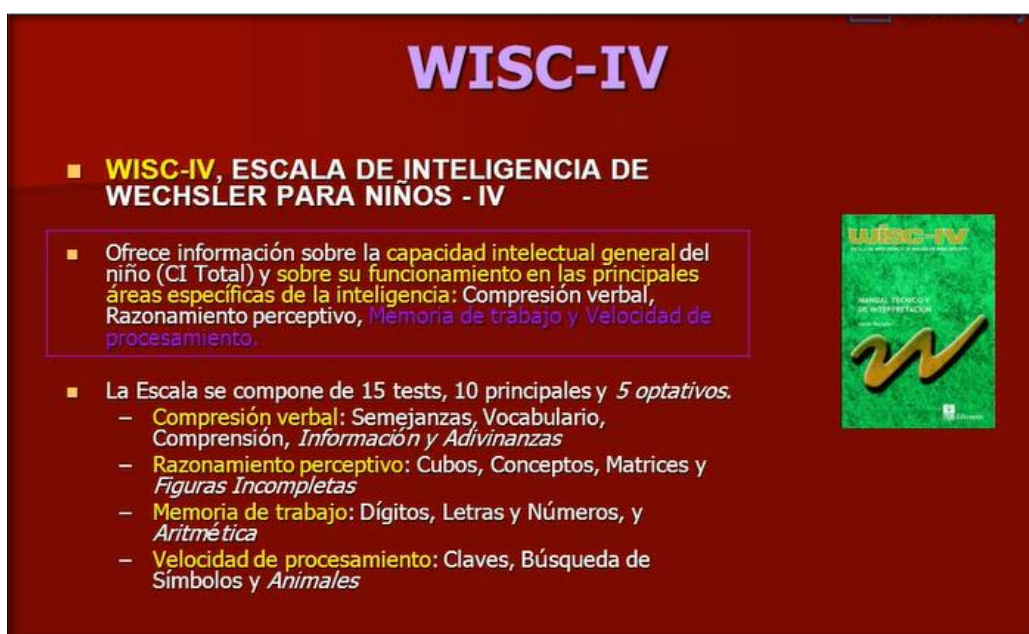
Por otro lado, el test de la familia consiste en dibujar a los miembros de la familia, incluyéndose el entrevistado, con la libertad de representarlos en la situación y orden que desee. En el caso del hijo menor no reconocido, este instrumento permitirá conocer sus sentimientos intrínsecos hacia su familia.



*Blog: Psicodiagnosis.*

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE


- c. En el ámbito cognitivo, se utilizaría la *Escala de Wechsler*, el cual consiste en evaluar las habilidades y capacidades intelectuales del entrevistado. En el presente caso, servirá para valorar la inteligencia y aptitudes intelectuales del hijo menor de edad no reconocido.



The slide features a dark red background with the title 'WISC-IV' in large, bold, white letters at the top center. Below the title, there are two main bullet points. The first bullet point is enclosed in a purple-bordered box and describes the test's purpose. The second bullet point lists the components of the test. To the right of the text is a small image of the WISC-IV manual cover, which is green with a large yellow 'W' logo.

**WISC-IV**

- **WISC-IV, ESCALA DE INTELIGENCIA DE WECHSLER PARA NIÑOS - IV**
  - Ofrece información sobre la **capacidad intelectual general** del niño (CI Total) y sobre su funcionamiento en las **principales áreas específicas de la inteligencia**: **Comprensión verbal**, **Razonamiento perceptivo**, **Memoria de trabajo** y **Velocidad de procesamiento**.
  - La Escala se compone de 15 tests, 10 principales y 5 *optativos*.
    - **Comprensión verbal**: Semejanzas, Vocabulario, Comprensión, *Información* y *Adivinanzas*
    - **Razonamiento perceptivo**: Cubos, Conceptos, Matrices y *Figuras Incompletas*
    - **Memoria de trabajo**: Dígitos, Letras y Números, y *Aritmética*
    - **Velocidad de procesamiento**: Claves, Búsqueda de Símbolos y *Animales*



*Autor: Eutimio Carave.*

Asimismo, los psicólogos entrevistados agregan que un menor de edad puede sufrir mayor afectación al conocer que “su padre” no lo ha reconocido a pesar de tener conocimiento de su existencia; a diferencia de un adulto que, al enterarse de una realidad de esa naturaleza, puede superar con mayor facilidad dicha situación a través de la capacidad de la resiliencia.

Es innegable que cuando un hijo crece sin conocer ni tener presente la figura paterna, ello altera su equilibrio emocional ante la carencia de afecto y la falta de su reconocimiento (Córdoba, 2016). Es así que con la propuesta del criterio “el método pisano”, contribuiremos a la cuantificación del daño moral (sufrido por el hijo menor

de edad no reconocido) que será realizada por el magistrado y, con ello, se fijen montos reparatorios que compense en la medida de lo posible el daño.

Respecto al “**criterio equitativo puro**”, ha sido considerado como tal porque establece que, en el caso de no poder probarse el daño en su monto preciso, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa. De acuerdo al IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil no es suficiente presumir el daño moral, además es necesario que el demandante asuma la carga probatoria.

Este criterio es de aplicación en el presente tema en cuestión, puesto que el daño moral causado al menor de edad no es fácil de valorar en un monto exacto, por el mismo hecho que es complejo de probar, siendo necesario la participación del juez para cuantificarlo en su monto más justo. Como bien sostiene Manzanares (2008) el juzgador también es sensible al sufrimiento de otras personas y capaz de valorar el daño moral.

Buendía (2016) refiere que para valorar el resarcimiento del daño se debe tener en cuenta el problema de reparar con exactitud lo perdido, y las limitaciones que puedan presentarse al momento de cuantificar el mismo.

Es así que los abogados deben tener en cuenta que en las futuras demandas que inicien solicitando resarcimiento por daño moral causado al menor de edad no reconocido por su padre, deben aportar todo el material probatorio que evidencie el daño sufrido por el hijo a efectos que el magistrado pueda cuantificarlo. Como bien lo manifiestan los jueces entrevistados en la presente tesis, el daño moral debe acreditarse mediante un informe psicológico, que permita advertir el grado de afectación emocional en el menor de edad.



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Si bien se podrán presentar algunos problemas en cuanto a la probanza de la cuantía, será el juez quien lo valore de forma equitativa (o es lo que se espera de todos los casos sometidos a su juicio).

A pesar que este criterio ha sido duramente criticado porque proporciona un amplio margen a la subjetividad del juez (facultad de discrecionalidad), existiendo escasas garantías para las partes (Espinoza, 2012), los magistrados deben evitar caer en arbitrariedad, por el contrario, con mayor razón tienen que motivar debidamente sus sentencias.

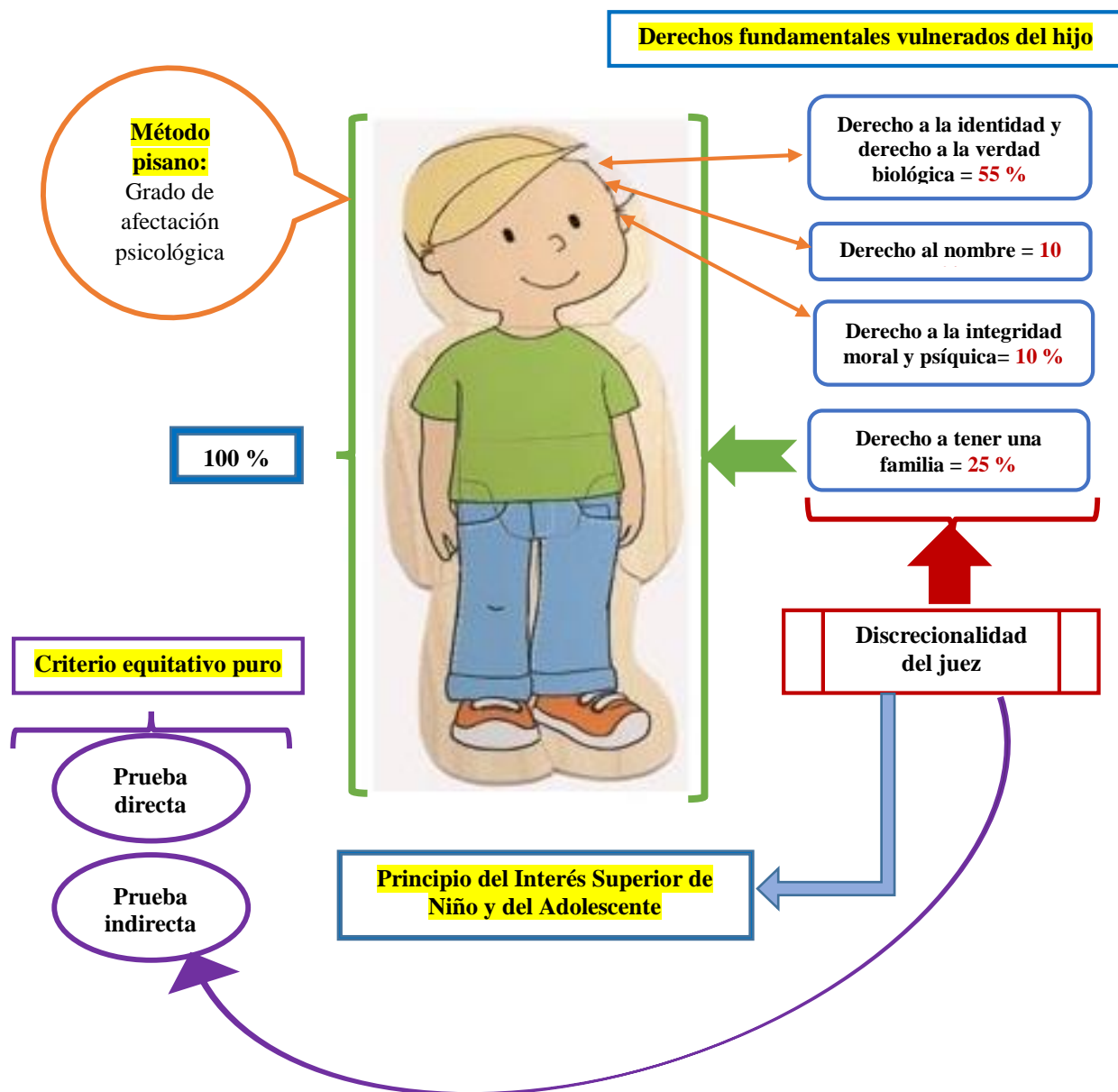
Por tanto, la aplicación que le hemos dado al criterio equitativo puro en la presente tesis está en función al material probatorio presentado por la parte afectada (medios probatorios directos e indirectos) que por lo menos intenta probar el daño moral en su monto más preciso como medio de satisfacción al hijo no reconocido; mismas pruebas que contribuirán a la valoración y cuantificación del daño moral y, en efecto, a que el magistrado fije una cuantía resarcitoria justa y equitativa.

En consecuencia, hemos considerado necesario desarrollar una tabla que refleje los montos mínimos y máximos que pueden ser otorgados al hijo menor de edad no reconocido por su padre, según los años transcurridos por su no reconocimiento, teniendo en cuenta los criterios propuestos. Siendo que posteriormente lo aplicaremos a un caso hipotético para un mayor entendimiento.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**TABLA PARA CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

ESCALA	AÑOS DE NO RECONOCIMIENTO	MONTO RESARCITORIO
1°	1 – 5 años	Hasta S/. 6,000.00 soles
2°	6 – 9 años	Hasta S/.15,000.00 soles
3°	10 – 18 años	Hasta S/. 28,000.00 soles



**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**Caso hipotético (Marco Montenegro Carrasco, de 03 años 05 meses de edad):**

La Sra. Rosa Montenegro Carrasco tuvo una relación amorosa de un año con Juan Pérez Izquierdo, fruto de esa relación la Sra. Rosa quedó embarazada; luego de tres meses de gestación decidió contárselo al padre de su hijo, el mismo que le pidió que no lo demandará hasta que termine su carrera técnica de soldador. Es por ello que, cuando el menor nació, la Sra. Rosa lo registró con sus apellidos (Montenegro Carrasco). Transcurrido tres años de espera con sucesivas falsas promesas de reconocimiento, la demandante decidió iniciar el proceso de filiación extramatrimonial dado que ella venía asumiendo el rol de padre y madre, además de asumir los gastos que conlleva la manutención de su menor hijo.

Siendo así, luego de quedar establecida la filiación extramatrimonial del demandado respecto a su hijo, la madre decidió demandar resarcimiento por el daño moral causado al menor no reconocido durante los 03 años 05 meses de ausencia de su progenitor en un monto de S/. 6,000.00 soles. En este caso, ¿Cómo aplicaría el juez la tabla propuesta para cuantificar dicho daño moral y otorgar una reparación justa y equitativa?

En virtud del caso hipotético, el Juez deberá tener en cuenta el porcentaje de la vulneración de los siguientes derechos de la siguiente manera, en función a la escala 1° de la tabla propuesta, en donde se ubica el caso concreto:

<b>Derechos constitucionales vulnerados del hijo</b>	<b>%</b>	<b>Monto resarcitorio</b>
Derecho a la identidad y derecho a la verdad biológica	55 %	S/. 3,300.00
Derecho a tener un nombre	10 %	S/. 600.00
Derecho a tener una familia	25 %	S/. 1,500.00

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

Derecho a la integridad moral y psíquica	10 %	S/. 600.00
<b>TOTAL</b>	<b>100 %</b>	<b>S/. 6,000.00</b>

En ese sentido, el juez concluyó en otorgar el monto de S/. 6,000.00 soles por concepto de daño moral a favor del hijo menor de edad no reconocido por su padre, valiéndose de la vulneración de los derechos fundamentales del hijo y de los medios probatorios directos (informe psicológico) e indirectos (comportamiento del demandado durante el proceso), haciendo prevalecer el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente; los mismos que le permitieron motivar debidamente su sentencia. Siendo que, en el caso concreto y en base a la discrecionalidad del juez, este monto a otorgar podría variar teniendo como tope la suma de S/. 6,000.00 soles según la tabla propuesta.

En consecuencia, es necesario la aplicación de todos estos criterios (los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano, y el criterio equitativo puro) para cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, así frente a futuras pretensiones sobre daño moral respecto al tema el magistrado fije cuantías resarcitorias justas, que en la medida de lo humanamente posible sea proporcional al daño sufrido por la víctima (hijo).

#### **RESULTADO N° 04**

La aplicación de los criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisanó y, el criterio equitativo puro, para cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, contribuyen a que los magistrados expidan sentencias judiciales debidamente motivadas, esto es, el cumplimiento del derecho fundamental que tiene toda persona a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

#### **DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 04**

El principio y derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, estipulado en el artículo 139, inciso 5, de nuestra actual Constitución Política, tiene como fines:

- a) Que, el magistrado ponga de manifiesto las razones de su decisión, por el legítimo interés del justiciable y la comunidad en conocerlas; b) se pueda comprobar que la decisión judicial adoptada responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho; c) las partes tengan la información necesaria para apelar, en su caso, la decisión; y, d) los Tribunales de Revisión tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho (Zavaleta, 2013, p. 372).

En este sentido, esta garantía constitucional importa que el juez, al momento de resolver las causas, exprese y fundamente las razones y justificaciones objetivas que le llevó a tomar una determinada decisión, pues la debida motivación “(...) no equivale a la mera explicación de las causas del fallo, sino a su justificación razonada” (Castillo, Luján y Zavaleta, 2006, p. 370).

Solo así las partes de un proceso podrán conocer cuáles fueron los motivos, hechos y normas en que el juez se basó para establecer una decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad, además, para que la sociedad en general vigile si los jueces utilizan de manera arbitraria o abusiva el poder que les ha sido confiado.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

De ahí, las célebres palabras de Calamandrei (2006):

La motivación de las sentencias es, verdaderamente, una garantía grande de justicia, cuando mediante ella se consigue reproducir exactamente, como un croquis topográfico, el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a su conclusión, en tal caso, si la conclusión es equivocada, se puede fácilmente determinar, a través de la motivación, en qué etapa de su camino perdió el juez la orientación (p. 123).

En ese sentido, toda persona tiene derecho a conocer las razones objetivas que llevaron al juez a tomar una determinada decisión judicial en el proceso en que es parte. En el caso de los hijos no reconocidos, de nada sirve resarcir a las víctimas por daño moral si, al momento de establecerse la cuantía resarcitoria, los magistrados no motivan debidamente sus resoluciones, estableciendo montos puramente simbólico o insignificante y que en nada compense este daño.

Por ello, con la aplicación de los criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro, para cuantificar el daño moral causado al menor de edad no reconocido por su padre, contribuiremos a que los magistrados expidan sentencias judiciales debidamente motivadas. Además, que el ámbito discrecional con el que cuentan no se convierta en arbitrariedad producto de la escasa fundamentación que realicen de los casos que sometan a su juicio respecto a la materia.

No solo ello, con los criterios antes mencionados los jueces podrán fijar montos resarcitorios proporcionales a casos similares, lográndose así la predictibilidad de las sentencias. Si bien, el dinero no elimina el daño sufrido, otorga ciertas satisfacciones a las víctimas, que a su vez sirve para reparar el perjuicio producido.

Es decir, los justiciables podrán conocer las razones de las cuantías establecidas por los jueces en cada uno de sus fallos, además de corroborar la cuantía fijada en relación

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

a casos similares ya resueltos; independientemente si deciden impugnar o no el fallo del magistrado, van a poder corroborar si la decisión judicial corresponde con las pretensiones, alegaciones y pruebas presentadas por las partes.

Finalmente, la aplicación de los criterios mencionados no solo permitirá que el monto resarcitorio por concepto de daño moral otorgado al hijo menor de edad no reconocido por su padre sea justo y equitativo en la medida de lo posible, sino también, contribuiremos a que los magistrados expidan sentencias judiciales debidamente motivadas y, con ello, a la predictibilidad de sus sentencias.

## V. CONCLUSIONES

1. La omisión de reconocimiento de paternidad voluntaria de un hijo menor de edad hace incurrir al padre en responsabilidad civil extracontractual, ya que su conducta ocasiona pena, dolor y sufrimiento a la esfera interna del menor, situación que faculta al hijo a solicitar una reparación, pues la ley no lo prohíbe.
2. La responsabilidad civil es aquel mecanismo adecuado que permite resarcir a los hijos menores de edad no reconocidos por su padre ante la vulneración de sus derechos fundamentales como a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica.
3. En los casos de omisión de reconocimiento de paternidad extramatrimonial sí se aplican los presupuestos de la responsabilidad civil, constituyéndose de la siguiente manera: i) la imputabilidad se relaciona con la capacidad de discernimiento que tiene el padre para responder por las consecuencias dañosas de su conducta omisiva; ii) sobre la antijuricidad, la omisión de reconocimiento de paternidad es contrario a derecho; iii) en relación al daño, el menor no reconocido sufre principalmente daño moral; iv) respecto al nexo de causalidad, es indiscutible el daño moral que causa la conducta omisiva del padre; y, v) sobre el factor de atribución, es atribuible la culpa al padre quien a pesar de conocer la existencia de su hijo no lo reconoce.
4. El no reconocimiento de un hijo menor de edad por parte de su padre causará daño moral en aquel, siendo que este daño será de menor o mayor grado dependiendo del medio familiar y social donde se desenvuelve el menor, pues los estereotipos o prejuicios que trasmite la sociedad influirán en los esquemas sociales o mentales



**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

del hijo no reconocido. Asimismo, esta desvinculación del menor con la figura paterna, le genera sentimientos de resentimiento y remordimiento hacia el padre, más aún si no cuentan con el soporte familiar adecuado.

5. El daño moral por su propia naturaleza no es valorizable pecuniariamente, sin embargo, el dinero terminará siendo el medio idóneo para compensar este daño, el mismo que debe ser reparado a fin de atenuar el sufrimiento padecido por el menor de edad.
6. La imposición de una reparación económica al padre irresponsable a favor del hijo que no reconoció busca sancionar su comportamiento reprochable generador de daño moral, además que en el futuro los padres se abstengan de cometer conductas similares a las que dieron lugar al daño y, por ende, reconozcan voluntariamente a sus hijos, constituyéndose así la función sancionatoria del daño moral.
7. Una de las prioridades del Estado es proteger a los más indefensos y vulnerables como son los menores de edad, merecedores de un resarcimiento pecuniario por el daño que les causa la omisión de reconocimiento de su paternidad, constituyéndose así la función resarcitoria del daño moral.
8. El daño moral causado al menor de edad por el no reconocimiento de su padre debe acreditarse mediante un informe psicológico, que permita advertir el grado de afectación emocional del hijo, el mismo que no solo servirá para efectos de la probanza del daño, sino también para cuantificarlo y, con ello, motivar sus fallos.
9. Ante la falta de desarrollo y fundamentación de criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, proponemos que los criterios a aplicar por el magistrado en sus resoluciones

judiciales son: los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro.

10. Con la aplicación de criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro, contribuiremos a la expedición de sentencias judiciales debidamente motivadas, además que los magistrados fijen resarcimientos justos y equitativos, lo que permitirá la predictibilidad de los montos dinerarios y que el justiciable conozca las razones de la cuantía establecida.
11. Los criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, los criterios equitativos puros contribuirán a llenar de fundamento la discrecionalidad con la que cuenta el juez para que sus decisiones gocen de mayor fundamento y motivación, evitando la arbitrariedad en la fijación de los montos resarcitorios.
12. Los criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro contribuirán a que los abogados fundamenten eficientemente sus pretensiones al solicitar el resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, pues al tratarse de un daño subjetivo que implica una tarea ardua para cuantificarlo en un monto justo, los abogados por desconocimiento y/o negligencia no lo hacen; y, por lo mismo, los jueces hagan asequible sus pretensiones.

## **VI. RECOMENDACIONES**

Se recomienda la incorporación del artículo 1984-A del Código Civil Peruano a efectos de proponer criterios para fijar la cuantía resarcitoria por daño moral causado al hijo no reconocido por su padre.

### **6.1. PROYECTO DE LEY**

**SUMILLA: LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO  
1984-A DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO  
INCORPORANDO CRITERIOS PARA FIJAR LA  
CUANTÍA RESARCITORIA POR DAÑO MORAL**

#### **DATOS DEL AUTOR**

La ciudadanía de Estado que suscribe, en uso de la iniciativa legislativa que confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, propone el siguiente Proyecto de Ley:

#### **FÓRMULA LEGAL**

El Congreso de la República

Ha dado la siguiente Ley:

**LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 1984-A DEL CÓDIGO CIVIL  
PERUANO INCORPORANDO CRITERIOS PARA FIJAR LA CUANTÍA  
RESARCITORIA POR DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO NO  
RECONOCIDO POR SU PADRE**

#### **CAPÍTULO I**

## **DISPOSICIONES GENERALES**

### **Artículo 1°: Objeto de la Ley**

La presente ley tiene por finalidad que al momento de otorgar una cuantía resarcitoria se apliquen criterios para fijar la misma, a efectos de garantizar un adecuado resarcimiento a favor del hijo no reconocido por su padre.

### **Artículo 2°: El resarcimiento**

Para fines de la presente ley, se entenderá por resarcimiento, a la compensación económica impuesto a uno o varios individuos mediando un juicio de responsabilidad civil, en donde se demuestre la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, a fin de resarcir a los sujetos afectados.

### **Artículo 3°: Resarcimiento por daño moral causado al hijo no reconocido por su padre**

El resarcimiento debe ser otorgado a favor del hijo no reconocido, mediando la existencia del daño moral causado por su padre, analizándose en juicio la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil

### **Artículo 4°: Daño moral**

El daño moral es el sufrimiento humano de carácter psicológico ocasionado por un acto antijurídico realizado por un tercero que perjudica los valores íntimos o los bienes inmateriales de la persona, los cuales constituye el pilar sobre el que está moldeada su personalidad.

### **Artículo 5°: Presupuestos de la responsabilidad civil**

Los presupuestos de la responsabilidad civil son los factores que se deben evaluar para establecer si una persona es responsable por el daño que ocasiona a otra, y,

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

de demostrarse la existencia de la imputabilidad, la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y factor de atribución, quedará obligada a resarcir a la víctima.

## **CAPÍTULO II**

### **INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 1984-A DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

#### **Artículo 6°: Incorporación del artículo 1984-A del Código Civil Peruano**

Incorpórese el artículo 1984-A del Código Civil en los siguientes términos:

#### **Artículo 1984-A.- Criterios para fijar la cuantía resarcitoria**

El juez para cuantificar el daño moral causado al hijo por el no reconocimiento de su padre, tendrá en cuenta los siguientes criterios a efectos de fijar una adecuada cuantía resarcitoria:

1. Los derechos fundamentales vulnerados del hijo.
2. El Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.
3. El método pisano.
4. El criterio equitativo puro.
5. Entre otros criterios que el juez considere conveniente.

#### **DISPOSICIÓN ÚNICA:**

#### **DEROGACIÓN DE NORMAS**

Deróguese todas las normas que se opongan a la presente Ley.

Dando cuenta al Presidente del Congreso de la República, para su promulgación.

PEDRO CARLOS OLAECHEA ÁLVAREZ CALDERÓN

Presidente del Congreso de la República

KARINA JULIZA BETETA RUBÍN

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

**POR TANTO:**

Mando se publique y cumpla.

En Lima a los ... del mes de ... del año.

## **6.2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA PROPUESTA**

La presente iniciativa legislativa tiene como objeto incorporar en nuestra legislación peruana, criterios que contribuyan a cuantificar el daño moral causado al hijo no reconocido por su padre, a efectos de otorgarse un resarcimiento justo y equitativo.

El daño moral se encuentra regulado en nuestro actual Código Civil tanto para el ámbito de obligaciones como en la responsabilidad extracontractual. Dentro del ámbito contractual se encuentra señalado en el Título IX -Inejecución de Obligaciones, del Libro VI- Obligaciones, concretamente en el artículo 1322: “el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

En el contexto extracontractual, está regulado en los artículos 1984 y 1985, los cuales refieren –respectivamente– que, será indemnizado tomando en cuenta la

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

magnitud y el menoscabo ocasionado a la víctima o su familia; y, para su indemnización debe coexistir una relación de causalidad entre el hecho y el daño causado.

De lo señalado, advertimos que el daño moral no ha tenido un desarrollo legislativo importante en nuestro país, menos aún en lo que respecta al daño moral causado al hijo por la falta de su reconocimiento.

Asimismo, no encontramos norma alguna o parecida que regule criterios para su cuantificación; generando, a nivel jurisprudencial, la emisión de fallos apartados de la uniformidad y de la predictibilidad.

Por ello, se hace necesario la incorporación del artículo 1984-A del Código Civil Peruano, a fin de establecer criterios que contribuyan a cuantificar el daño moral causado al hijo no reconocido por su padre.

La incorporación de esta propuesta de ley es relevante porque trascenderá para la comunidad jurídica peruana con los criterios propuestos, ya que los jueces van a hacer un mejor desarrollo de sus sentencias y con ello una debida motivación, siendo en este caso ellos mismos los beneficiarios.

Además, esta ley sirve para profundizar y afianzar el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, con el fin de que se protejan los derechos fundamentales vulnerados del hijo no reconocido, cuyos beneficiarios serán los mismos. En ese sentido, los beneficiarios serán: a) los operadores de justicia y, b) los hijos no reconocidos, respectivamente.

Siendo así, con este proyecto de ley buscamos dar respuesta a dos necesidades básicas: a) individual, a favor de la víctima, haciendo prevalecer el interés superior del niño y adolescente, además de tutelar sus derechos fundamentales; y, b)

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

colectiva, en razón a la predictibilidad de los fallos mediante la homogeneidad de criterios.

Por lo expuesto, consideramos que entre los efectos del presente proyecto de ley se encuentra el otorgar tutela jurídica al hijo no reconocido por su padre, mediante la propuesta de criterios que deberán aplicar los jueces para cuantificar el daño moral causado a los mismos que permita un adecuado resarcimiento.

### **Impactos en la legislación**

Con el presente proyecto de ley, se propone establecer fundados y uniformes criterios que contribuyan a fijar una adecuada cuantía resarcitoria otorgada al hijo no reconocido por su padre, por parte de los jueces, pues el tema de la paternidad no responsable es una problemática que se presenta a nivel nacional, mediante el cual, por mucho tiempo, el hijo no reconocido ha tenido que vivir en la postergación de sus derechos y orígenes; por lo tanto, esta propuesta legislativa permitirá dotar de seguridad jurídica al momento de emitir una sentencia, asegurando la idea de justicia en sus beneficiarios.

### **Análisis costo-beneficio**

La presente propuesta de ley no produce gasto adicional al Estado, pues busca incorporar los criterios para fijar la cuantía resarcitoria por daño moral causado al hijo no reconocido por su padre, con la finalidad de brindar un adecuado resarcimiento a favor de los hijos no reconocidos.



## **VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES**

### **7.1. LIBROS CITADOS**

- Aguilar, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Ediciones Legales.
- Alessandri, A. (2011). *De los contratos*. Bogotá: Temis S.A.
- Alpa, G. (2001). *Responsabilidad civil y daño*. Traducción de Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Aranzamendi, L. (2010). *La Investigación Jurídica. Diseño del proyecto de investigación*. Escritura y redacción de la tesis. Lima: Editorial Grijley.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico – práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Lima: Editorial Grijley.
- Bautista, N. (2011). *Proceso de la investigación cualitativa*. Bogotá: Editorial El Manual Moderno.
- Beltrán, J. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Material Auto Instructivo. Lima: Academia de la Magistratura.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (2015). *Manual de derecho de familia*. (6ta ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea S.R.L.
- Bullard, A. (2010). *Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Calamandrei, P. (2006). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Madrid: Editorial Góngora.
- Castillo, J., Luján, M. y Zavaleta, R. (2006). *Razonamiento Judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Lima: Ara Editores.
- Castro, J. (2010). *Manual de Derecho Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Chang, G., y otros. (2015). *Libro de Ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Civil*. (1ra. ed.). Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil.
- Chunga, F. y otros (2012). *Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos*. Lima: Editorial Grijley E.I.R.L.

- Colomer, I. (2003). *La motivación de las sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cornejo, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano*. (9na ed, Tomo II). Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
- Corral, H. (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- De Angel, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. (3era. ed.). Madrid: Editorial Civitas.
- De los Mozos, J., y Soto, C. (2006). *Responsabilidad Civil. Derecho de daños. Teoría General de la Responsabilidad*. (Vol. IV). Lima: Editorial Grijley.
- De Trazegnies, F. (1984). *Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De Trazegnies, F. (1988). *La responsabilidad extracontractual*. (Vol. IV). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- De Trazegnies, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*. (7ma ed., Vol. IV). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2003). *Sistema de Derecho Civil*. (11va ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Dutto, R. (2006). *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. (1ra ed.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.
- Espinoza, J. (2002). *Derecho a la responsabilidad civil*. (8va ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Espinoza, J. (2006). *Derecho a la responsabilidad civil*. (4ta ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2012). *Derecho de las personas: concebido y personas naturales*. (Tomo I). Lima: Grijley E.I.R.L.
- Espinoza, J. (2013). *Derecho de la responsabilidad civil*. (7ma ed.). Lima: Editorial Rodhas S.A.C.
- Eyssautier de la Mora, M. (2006). *Metodología de la investigación. Desarrollo de la inteligencia*. México: Thomson Editores.

- Fernández, A. (2016). *La problemática de la reparación del daño por responsabilidad civil en México*, en Homenaje al Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez. México: Facultad de Derecho – UNAM.
- Fernández, C. (1985). *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, en *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultura Cuzco.
- Fernández, C. (1986). *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Primer Libro del Código Civil peruano*. Lima: Librería Studium Editores.
- Fernández, C. (2002). *El derecho de las personas en el umbral del Siglo XXI*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Fernández, M. (2013). *Manual de Derecho de Familia*. (1ra ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gallegos, Y. y Jara, R. (2009). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Gálvez, T. (2005). *La reparación en el proceso penal*. (2da. ed.). Lima: Editorial Idemsa.
- García, V. (2013). *Los Derecho Fundamentales*. (2da ed.). Arequipa: Editorial Adrus.
- Gentile, G. (1962). *Danno alla persona*. En: *Enciclopedia di Diritto*. (Tomo XI). Milano: Giuffrè Editore.
- Gutiérrez, W. (2013). *La Constitución comentada*. Análisis artículo por artículo. (2da ed., Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Henríquez, H. (2012). *Derecho Constitucional Peruano*. (2da ed., Tomo II). Lima: Editorial FFECAA E.I.R.L.
- Hernández, S., Fernández, C. y Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. (6ta. ed.). México: Editorial McGraw-Hill Education.
- Le Tourneau, P. (2004). *La responsabilidad civil*. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. (1ra ed.). Bogotá: Legis S.A.
- León, J. (1992). *Tratado de Derecho Civil Peruano*. (Tomo V). Lima: WG Editor.
- León, L. (2004). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. (1ra. ed.). Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C.
- Llambías (2012). *Tratado de Derecho Civil y Obligaciones*. (Tomo I). Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

- Manrique, K. (2013). *Derecho de Familia. Alimentos, filiación y reconocimiento del concubinato*. (1ra ed.). Lima: Editorial FFECAAT E.I.R.L.
- Manzanares, M. (2008). *Criterios para evaluar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia. Prólogo de Fernando De Trazegnies*. (1ra. ed.). Lima: Editorial Grijley.
- Medina, G. (2008). *Daños en el derecho de familia*. (2da ed.). Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores.
- Medina, J. (2014). *Derecho Civil. Aproximación al derecho de personas*. (4ta ed.) Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Mesía, C. (2018). *Derechos fundamentales. Dogmática y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (1ra ed.) Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Miranda, M. (2012). *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*. Lima. Edit. Jurista.
- Morera, E. (2010). *Responsabilidad. Concepto jurídico y sus singularidades*. (1ra ed.). Barcelona: Editorial Planeta, S.A.
- Naveira, M. (2004). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. La Coruña: Universidad de La Coruña.
- Noguera, I. (2014). *Guía para elaborar una tesis de derecho*. Lima: Editorial Grijley.
- Ñaupas, H., Mejía, E., Novoa, E., y Villagómez, A. (2014). *Metodología de la investigación Cuantitativa – Cualitativa y Redacción de la Tesis*. Bogotá: Editorial U – Transversal.
- Ojeda, L. (2009). *La responsabilidad precontractual en el Código Civil Peruano*. Lima: Motivensa S.R.L.
- Ortiz, A. (2013). *Manual de obligaciones*. (6ta ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Palacio, H. (2004). *Manual de Derecho Civil*. (Tomo I). Lima: Editorial Guallaga E.I.R.L.
- Peralta, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. (4ta ed.). Lima: Editorial Idemsa.
- Perrino, J. (2006). *Derecho de Familia*. (1ra ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.
- Pizarro, D. (2004). *Daño Moral*. (2da ed.). Buenos Aires: Hammurabi.

- Ramos, C. (2002). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. (2da. ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Reyna, H. (2013). *La Constitución comentada*. (2da ed., Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Rubio, M. (1995). *El ser humano como persona natural*. (2da ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sanabria, J. (2015). *La responsabilidad empresarial en la seguridad y salud en el trabajo. Doctrina y jurisprudencia*. (1ra ed.). Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Solís, A. (2001). *Metodología de la investigación jurídica social*. (2da. ed.) Lima: Editores B y B.
- Sumarriva, V. (2009). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Süssekind, A., Maranhão, D., Vianna, S. y Lima, J. (2002). *Instituições de Direito do Trabalho*. Sao Paulo: LTr.
- Taboada, L. (2001). *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. (1ra. ed.). Lima: Editorial Grijley.
- Taboada, L. (2015). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.
- Torres, A. (2012). *Teoría general del contrato*. (1ra ed., Tomo II). Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- Trazegnies, F. (2003). *La Responsabilidad Extracontractual*. (Tomo I). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Varsi, E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Editorial Grijley.
- Varsi, E. (2006). *El proceso de filiación extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. (2da ed.). Lima: Editorial Jurista Editores E.I.R.L.
- Velásquez, O. (2015). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Vidal, F. (2006). *La responsabilidad civil*. Lima: Grijley S.A.
- Vigil, C. (2013). *Manual Autoinstructivo Derecho Civil – Familia*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Zavala, M. (1999). *Resarcimiento del Daño*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Zavaleta, R. (2013). *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

## **7.2. TESIS**

Arce, C. (2015). *La filiación extramatrimonial y la responsabilidad civil* (tesis de pregrado). Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, Ayacucho.

Campos, H. (2012). *La Responsabilidad Civil del solicitante de una medida cautelar por los daños que ocasione su actuación sobre la situación jurídica del afectado en el contexto del proceso civil peruano* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Campos, Y. (2018). *La Responsabilidad Civil por Afectación del Derecho a la Identidad de Hijos Extramatrimoniales por Omisión Paterno Filial en Lima Norte* (tesis de pregrado). Universidad Cesar Vallejo, Lima.

Delgado, G. (2018). *Responsabilidad civil por la acción omisiva y pasiva de los padres en la filiación extramatrimonial* (tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

Guerra, R. (2015). *La responsabilidad civil como consecuencia del no reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial, en Huancavelica – 2014* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Huancavelica, Huancavelica.

Idrogo, L. (2017). *La responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial* (tesis de maestría). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque.

Limaylla, S. y Osorio, R. (2016). *La responsabilidad civil sobre filiación extramatrimonial y el transcurso del tiempo en la acción indemnizatoria impulsada por los reconocidos judicialmente* (tesis de pregrado). Universidad Peruana Los Andes, Huancayo.

Olortegui, R. (2010). *Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial* (tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

Pinilla, V. (2014). *El interés superior del niño/niña vs principio al debido proceso en la Filiación Extramatrimonial* (tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

Pupuche, Y. (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* (tesis de maestría). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque.

Tuesta, F. (2015). *Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial* (tesis de pregrado). Universidad Autónoma del Perú, Lima.

### **7.3. JURISPRUDENCIAS**

Expediente N° 00050-2017-0-2506-JP-FC-01, emitida por el Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Nuevo Chimbote de la Corte Superior de Justicia del Santa, que contiene la Resolución N° Cuatro del veintiséis de julio del dos mil diecisiete.

Expediente N° 00273-2017-0-2506-JP-FC-01, emitida por el Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Nuevo Chimbote de la Corte Superior de Justicia del Santa, que contiene la Resolución N° Dos del diez de junio del dos mil diecisiete.

Expediente N° 00213-2017-0-2506-JP-FC-01, emitida por el Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Nuevo Chimbote de la Corte Superior de Justicia del Santa, que contiene la Resolución N° Cuatro del viento de junio de dos mil diecisiete.

### **7.4. ARTÍCULOS ONLINE**

Beltrán, J. (2010). Eclipse: cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil. *En Dialogo con jurisprudencia*, 143, 373–387. Recuperado de: [http://www.ac-firma.com/biblioteca/opac\\_css/index.php?lvl=notice\\_display&id=6932](http://www.ac-firma.com/biblioteca/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=6932)

Benítez, J. (2005). El estado de necesidad en la responsabilidad civil. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 4, 27–55. Recuperado de [https://www.academia.edu/27755683/El\\_estado\\_de\\_necesidad\\_en\\_la\\_responsabilidad\\_civil](https://www.academia.edu/27755683/El_estado_de_necesidad_en_la_responsabilidad_civil)

Buendía, E. (2014). De la responsabilidad a la cuantificación de los daños. Mecanismos de medición del daño moral en las relaciones de trabajo y la equidad como criterio para cuantificar los daños. *En Gaceta Civil & Procesal Civil*, 12, 167-179, recuperado de:

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/GACETA%20CIVIL%20N%C2%BA%2012%20(167-179)\_stamped.pdf

Buendía, E. (2016). La paradoja de la reparación de los daños no patrimoniales y el problema de la cuantificación del daño. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 38, 129–167. Recuperado de: <https://works.bepress.com/eduardo-buenda/13/>

Córdoba, L. (2016). Falta de reconocimiento e inscripción del hijo. *Diario de familia y sucesiones*, 93, 1–2, recuperado de: <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/11/Doctrina-Familia.pdf>

Cornejo, C. (s/f). El dogmatismo y su influencia en el derecho. *Foro Jurídico*, 247–250. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18362/18604>

Corrales, R y Acevedo, R. (2017). El daño moral por responsabilidad contractual en los despidos inconstitucionales. *En Soluciones Laborales*, 109, 21-34, recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/jaimedavidabantotorres/wp-content/uploads/sites/125/2017/01/Da%C3%B1o-moral-por-responsabilidad-contractual-en-los-despidos-inconstitucionales-1.pdf>

Fernández, G. (2015). Tutela y remedios: La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa. Reflexiones en torno al Derecho Civil: a los treinta años del Código. *Revista Ius et Veritas*, 385– 404. Recuperado de: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fulltext\_stamped.pdf

León, L. (2007). Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de la magistratura peruana. *En Seminario de Responsabilidad Civil organizado por la Asociación Civil “Foro Académico*, 1-24. Recuperado de <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2008/Leon.pdf>

López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (1), 51–70, recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>

Morales, R. (2011). Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio. *En Dialogo con la Jurisprudencia*, 153, 47–56. Recuperado de: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fulltext\_stamped%20(1).pdf



- Mosset, J. (2001). Diez reglas sobre cuantificación del daño moral. *En Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Ley 1994-A-728*, 181. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/264782355/MOSSET-ITURRASPE-Diez-Reglas-Sobre-Cuantificacion-Del-Dano-Moral>
- Núñez, A. (2014). Dogmática Jurídica. *Revista en Cultura de la Legalidad*. Recuperado de <https://erevistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2213>
- Ramírez, N. (2011). Crónica del Tercer Pleno Casatorio. N° 337. *Revista Suplemento Jurídica de Análisis Legal*, 337, 4–6. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d8621a0046ff983987acef199c310be6/EI+Peruano+%28Jur%C3%ADdica+10-01-2011%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d8621a0046ff983987acef199c310be6>
- Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano, *Revista Vox Juris*, 25 (1), 81–90, recuperado de: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/download/47/48>
- Velásquez, T. (s/f). ¿Se Protege el Derecho a la Identidad del Hijo Extramatrimonial? *Revista Derecho PUCP*, 378–386. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/17068/17364>

## 7.5. REVISTAS ONLINE

- Beltrán, J. (s/f). Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil. *Revista Sociedad y Derecho*. (23), pp. 260-266, recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/16891/17198>
- Corral, H. (2014). La incipiente jurisprudencia chilena sobre daños en la familia. *Revista de Derecho de Familia*, 4, 51–60, recuperado de: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/dancc83osfamilia.pdf>
- Domínguez, C. (1998). La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 25 (1), 27–55, recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650080>
- Howard, W. (2016). Panorama jurisprudencial de la responsabilidad en el derecho de familia. *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, 30, 171–

188, recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2017/03/HOWARD.pdf>

Linares, D. (s/f). El laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada desde la Óptica Procesal. *Revista Derecho y Sociedad*, 38, 76-87, recuperado de: [revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/13105/13716](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/13105/13716)

López, M. (2013). Los enigmas de la relación de causalidad. *Revista Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/jus.../30902>

Medina, G. (2015). Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado. *Revista de derecho de familia y sucesiones*, N° 5, 1–16, recuperado de: <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/medina.pdf>

Mosset, J. (2004). La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1, 357–380, recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art9.pdf>

Oliveira, F. (1998). *Do dano moral*. Sao Paulo. *Revista de Direito do Trabalho*, v.62, n.1.

Otárola, Y. (2012). Camino hacia la reparación de todos los daños en la conceptualización del daño moral y en los principios que rigen su indemnización. *Revista Chilena de Derecho*, 18, 21–52, recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4435972.pdf>

Solís, M. (s/f). Apuntes en torno a la Teoría de la Unificación de la Responsabilidad Civil. *Revista Derecho y Sociedad*, 177–185, recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/16692/17023>

Umansky, S. (2016). Funciones de la responsabilidad civil: Cambio de paradigmas en el sistema de derecho privado argentino. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas – UNNE*, 17, 108–128, recuperado de: <file:///C:/Users/jasmi/Downloads/1564-4079-1-PB.pdf>

Vega, R. y Ordellín, J. (2012). Presupuestos para la determinación del quantum indemnizatorio del daño moral en cuba. Perspectivas para una reforma. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 8, 284–301, recuperado de: <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2012/02/08-tm-15.pdf>

## 7.6. LINKOGRAFÍA

- Beltrán, J. (2016). *Manual curso: Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Recuperado de <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/460/MANUAL%20CURSO%20RESPONSABILIDAD%20CIVIL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castillo, J. (s/f). *Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales*. Recuperado de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20141008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141008_02.pdf)
- Compagnucci De Caso, R. (s/f). *El estado de necesidad y los daños ocasionados*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/el-estado-de-necesidad-y-los-danos-ocasionados.pdf>
- Galindo, I. (2006). *Interpretación e integración de la ley*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4162/2.pdf>
- Jana, A. y Tapia, M. (2001). *Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001*, pp. 171 – 209. Recuperado de: [http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/danomoral\\_andresjana.pdf](http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/danomoral_andresjana.pdf)
- López, I. (2011). *Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/14.pdf>
- Osterling, F. (s/f). *Inejecución de obligaciones: Dolo y culpa*. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20de%20Obligaciones.pdf>
- Pinori, A. y Corradi, E. (2014). *El principio de la reparación integral del daño*. Gaceta Civil y Procesal Civil, 12, 172. Recuperado de: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/2188/BC-TES-TMP-1061.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**CUADRO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA**

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

ENUNCIADO DEL PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS	RESULTADOS	CONCLUSIONES
¿Cuáles deberían ser los criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre en los casos de filiación judicial de paternidad extramatrimonial durante el año 2017?	Al existir daño moral en los casos analizados sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial durante el año 2017 y, ante la ausencia de criterios que permitan cuantificar el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre, proponemos criterios innovadores para compensar este tipo de daño.	<b>OBJETIVO GENERAL</b>	La propuesta de criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro, permiten cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad a consecuencia de la omisión del reconocimiento de su paternidad, contribuyendo a una debida motivación de las sentencias judiciales expedidas por los magistrados, con cuantías resarcitorias justas y equitativas.	Con la aplicación de criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro, contribuiremos a la expedición de sentencias judiciales debidamente motivadas, además que los magistrados fijen resarcimientos justos y equitativos, lo que permitirá la predictibilidad de los montos dinerarios y que el justiciable conozca las razones de la cuantía establecida.
		<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>		
		a) Describir desde el derecho nacional y comparado los aspectos generales de la responsabilidad civil.	La conducta antijurídica del padre que omite reconocer a su hijo menor de edad conociendo de su existencia desde su nacimiento incurre en responsabilidad civil extracontractual al causarle daño moral, el cual se fundamenta en el deber jurídico de no causar daño a nadie, para	1. La omisión de reconocimiento de paternidad voluntaria de un hijo menor de edad hace incurrir al padre en responsabilidad civil extracontractual, ya que su conducta ocasiona pena, dolor y sufrimiento a la esfera interna del menor, situación que faculta al hijo a solicitar una reparación, pues la ley no lo prohíbe.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

ello es necesario el cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil.

2. La responsabilidad civil es aquel mecanismo adecuado que permite resarcir a los hijos menores de edad no reconocidos por su padre ante la vulneración de sus derechos fundamentales como a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica.

3. En los casos de omisión de reconocimiento de paternidad extramatrimonial sí se aplican los presupuestos de la responsabilidad civil, constituyéndose de la siguiente manera: i) la imputabilidad se relaciona con la capacidad de discernimiento que tiene el padre para responder por las consecuencias dañosas de su conducta omisiva; ii) sobre la antijuricidad, la omisión de reconocimiento de paternidad es contrario a derecho; iii) en relación al daño, el menor no reconocido sufre principalmente daño moral; iv) respecto al nexo de causalidad, es indiscutible el daño moral que causa la conducta omisiva del padre; y, v) sobre el factor de atribución, es atribuible la culpa al padre quien a pesar de conocer la existencia de su hijo no lo reconoce.

b) Analizar desde el derecho nacional y comparado el daño moral, y los aspectos generales de la filiación.

El no reconocimiento de un hijo menor de edad por parte de su padre causa daño moral en el primero, al verse afectado su esfera emocional y al vulnerarse derechos que contribuyen al desarrollo de su personalidad, lo cual es pasible de un resarcimiento derivado de la responsabilidad civil.

4. El no reconocimiento de un hijo menor de edad por parte de su padre causará daño moral en aquel, siendo que este daño será de menor o mayor grado dependiendo del medio familiar y social donde se desenvuelve el menor, pues los estereotipos o prejuicios que trasmite la sociedad influirán en los esquemas sociales o mentales del hijo no reconocido. Asimismo, esta desvinculación del menor con la figura paterna, le genera sentimientos de resentimiento y remordimiento hacia el padre, más aún si no cuentan con el soporte familiar adecuado.

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

5. El daño moral por su propia naturaleza no es valorizable pecuniariamente, sin embargo, el dinero terminará siendo el medio idóneo para compensar este daño, el mismo que debe ser reparado a fin de atenuar el sufrimiento padecido por el menor de edad.

6. La imposición de una reparación económica al padre irresponsable a favor del hijo que no reconoció busca sancionar su comportamiento reprochable generador de daño moral, además que en el futuro los padres se abstengan de cometer conductas similares a las que dieron lugar al daño y, por ende, reconozcan voluntariamente a sus hijos, constituyéndose así la función sancionatoria del daño moral.

7. Una de las prioridades del Estado es proteger a los más indefensos y vulnerables como son los menores de edad, merecedores de un resarcimiento pecuniario por el daño que les causa la omisión de reconocimiento de su paternidad, constituyéndose así la función resarcitoria del daño moral.

8. El daño moral causado al menor de edad por el no reconocimiento de su padre debe acreditarse mediante un informe psicológico, que permita advertir el grado de afectación emocional del hijo, el mismo que no solo servirá para efectos de la probanza del daño, sino también para cuantificarlo y, con ello, motivar sus fallos.

c) Identificar de las sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Nuevo Chimbote durante el año 2017, el daño moral Es necesario la aplicación de criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano, y, el criterio equitativo puro, que permitan

9. Ante la falta de desarrollo y fundamentación de criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, proponemos que los criterios a aplicar por el magistrado en sus resoluciones judiciales son: los derechos

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

d) Analizar si del derecho nacional se pueden extraer criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

e) Analizar si del derecho comparado se pueden extraer criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

f) Proponer criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre.

cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre; en consecuencia, frente a futuras pretensiones sobre daño moral respecto al tema, el magistrado fije cuantías resarcitorias justas y equitativas, que en la medida de lo humanamente posible sea proporcional al daño sufrido por el hijo.

La aplicación de los criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro, para cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, contribuyen a que los magistrados expidan sentencias judiciales debidamente motivadas, esto es, el cumplimiento del derecho fundamental que tiene toda persona a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro.

10. Con la aplicación de criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro, contribuiremos a la expedición de sentencias judiciales debidamente motivadas, además que los magistrados fijen resarcimientos justos y equitativos, lo que permitirá la predictibilidad de los montos dinerarios y que el justiciable conozca las razones de la cuantía establecida.

11. Los criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, los criterios equitativos puros contribuirán a llenar de fundamento la discrecionalidad con la que cuenta el juez para que sus decisiones gocen de mayor fundamento

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

y motivación, evitando la arbitrariedad en la fijación de los montos resarcitorios.

12. Los criterios consistentes en los derechos fundamentales vulnerados del hijo, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, el método pisano y, el criterio equitativo puro contribuirán a que los abogados fundamenten eficientemente sus pretensiones al solicitar el resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre, pues al tratarse de un daño subjetivo que implica una tarea ardua para cuantificarlo en un monto justo, los abogados por desconocimiento y/o negligencia no lo hacen; y, por lo mismo, los jueces hagan asequible sus pretensiones.



## VIII. ANEXOS

### 8.1. MODELO DE GUÍA DE ENTREVISTA A PSICÓLOGOS

#### GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE EL DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

**Fecha:**

**Hora:**

**Lugar:**

**Entrevistadoras:**

- Bach. Madeleine Stefany Menacho Ojeda
- Bach. Sheyla Róssely Dayana Panta Piscoche

**Entrevistado:**

- Nombre:
- Género:
- Cargo:

**Introducción:**

En nuestro país el tema de la paternidad no responsable es una problemática que está generando la postergación de los derechos fundamentales del hijo menor de edad no reconocido (como el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica). Esta situación trae como consecuencia un daño o afectación a la esfera sentimental del hijo, lo que se conoce como daño moral, el mismo en principio por su propia naturaleza no es valorizable económicamente, sin embargo, en la práctica judicial se otorgan

sumas de dinero como medio para su reparación, lo cual no es ajeno en esta investigación. Aunado a ello, en nuestro país no existe impedimento legal para iniciar un proceso judicial solicitando un resarcimiento (monto dinerario) por este tipo de daño sufrido. Por ello no existe justificación de por qué los abogados no lo solicitan.

En ese sentido, nos preguntamos si esta omisión de reconocimiento de paternidad trae como consecuencia una menor o mayor afectación en el hijo en función a su edad y etapa de desarrollo. Para ello hemos creído conveniente recurrir a profesionales en Psicología con la finalidad de que absuelvan nuestras dudas respecto al tema y, contribuyan a advertir la afectación a la esfera sentimental del menor de edad no reconocido por su padre a través de la evaluación psicológica.

**Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de veinticinco minutos.

**Preguntas:**

1. Usted, como profesional en psicología ¿Cuál es la estructura general de un informe psicológico y por qué es importante?
2. ¿El no reconocimiento de un menor de edad por parte de su padre, afecta la esfera psicológica (emocional) del hijo?
3. ¿Cuáles son las áreas que se evalúan para determinar una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?
4. ¿Qué instrumentos psicológicos permiten advertir una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

5. ¿Qué aspectos permiten identificar una afectación en la esfera psicológica (emocional) del menor de edad?
6. ¿La etapa de desarrollo en la que se encuentra el menor influye en la determinación de una afectación psicológica (emocional)? ¿De qué manera?
7. ¿La conducta introvertida o extrovertida del menor durante la evaluación psicológica influye en la determinación de una afectación psicológica (emocional)? ¿De qué manera? (indicadores de personalidad)
8. ¿El mayor o menor grado de afectación psicológica (emocional) depende de la edad del niño o adolescente?
9. ¿Qué recomendaciones se realizan cuando se advierte una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?

## 8.2. DESARROLLO DE LAS GUÍAS DE ENTREVISTA A PSICÓLOGOS

### GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE EL DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

**Fecha:** 02 de diciembre del 2019

**Hora:** 11:30 a.m.

**Lugar:** Unidad Distrital de asistencia a víctimas y testigos - Chimbote.

**Entrevistadoras:**

- Bach. Madeleine Stefany Menacho Ojeda
- Bach. Sheyla Róssely Dayana Panta Piscoche

**Entrevistado:**

- Nombre: Erika Ysabel Chumacero Palomino
- Género: Mujer
- Cargo: Psicóloga - UDAVIT

**Introducción:**

En nuestro país el tema de la paternidad no responsable es una problemática que está generando la postergación de los derechos fundamentales del hijo menor de edad no reconocido (como el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica). Esta situación trae como consecuencia un daño o afectación a la esfera sentimental del hijo, lo que se conoce como daño moral, el mismo en principio por su propia naturaleza no es valorizable económicamente, sin embargo, en la práctica judicial se otorgan

sumas de dinero como medio para su reparación, lo cual no es ajeno en esta investigación. Aunado a ello, en nuestro país no existe impedimento legal para iniciar un proceso judicial solicitando un resarcimiento (monto dinerario) por este tipo de daño sufrido. Por ello no existe justificación de por qué los abogados no lo solicitan.

En ese sentido, nos preguntamos si esta omisión de reconocimiento de paternidad trae como consecuencia una menor o mayor afectación en el hijo en función a su edad y etapa de desarrollo. Para ello hemos creído conveniente recurrir a profesionales en Psicología con la finalidad de que absuelvan nuestras dudas respecto al tema y, contribuyan a advertir la afectación a la esfera sentimental del menor de edad no reconocido por su padre a través de la evaluación psicológica.

**Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de veinticinco minutos.

**Preguntas:**

1. Usted, como profesional en psicología ¿Cuál es la estructura general de un informe psicológico?
2. ¿El no reconocimiento oportuno de un menor de edad por parte de su padre, afecta su esfera psicológica (emocional) del hijo?
3. ¿Cuáles son las áreas que se evalúan para determinar una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?
4. ¿Qué instrumentos psicológicos permiten advertir una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

5. ¿Qué aspectos permiten identificar una afectación en la esfera psicológica y emocional del menor de edad?
6. ¿La etapa de desarrollo en la que se encuentra el menor influye en la determinación de una afectación psicológica y emocional? ¿De qué manera?
7. ¿La conducta introvertida o extrovertida del menor durante la evaluación psicológica influye en la determinación de una afectación psicológica y emocional? ¿De qué manera?
8. ¿El mayor o menor grado de afectación psicológica y emocional depende de la edad del niño o adolescente?
9. ¿Qué recomendaciones se realizan cuando se advierte una afectación psicológica y emocional en un menor de edad?

  
Erika Ysabel Chamaero Palomino  
PSICOLOGA  
UNIDAD DISTRITAL DE ASISTENCIA A  
VICTIMAS Y TESTIGOS  
DISTRITO FISCAL DEL SANTA

**GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE EL DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**Fecha:** 02 de diciembre del 2019

**Hora:** 12:30 pm

**Lugar:** Unidad Distrital de Asistencia a Víctimas y Testigos - Chimbote.

**Entrevistadoras:**

- Bach. Madeleine Stefany Menacho Ojeda
- Bach. Sheyla Róssely Dayana Panta Piscoche

**Entrevistado:**

- Nombre: Roberto Carlos Pisco Villanueva
- Género: Masculino
- Cargo: Psicólogo - UDAVIT

**Introducción:**

En nuestro país el tema de la paternidad no responsable es una problemática que está generando la postergación de los derechos fundamentales del hijo menor de edad no reconocido (como el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica). Esta situación trae como consecuencia un daño o afectación a la esfera sentimental del hijo, lo que se conoce como daño moral, el mismo en principio por su propia naturaleza no es valorizable económicamente, sin embargo, en la práctica judicial se otorgan

sumas de dinero como medio para su reparación, lo cual no es ajeno en esta investigación. Aunado a ello, en nuestro país no existe impedimento legal para iniciar un proceso judicial solicitando un resarcimiento (monto dinerario) por este tipo de daño sufrido. Por ello no existe justificación de por qué los abogados no lo solicitan.

En ese sentido, nos preguntamos si esta omisión de reconocimiento de paternidad trae como consecuencia una menor o mayor afectación en el hijo en función a su edad y etapa de desarrollo. Para ello hemos creído conveniente recurrir a profesionales en Psicología con la finalidad de que absuelvan nuestras dudas respecto al tema y, contribuyan a advertir la afectación a la esfera sentimental del menor de edad no reconocido por su padre a través de la evaluación psicológica.

**Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de veinticinco minutos.

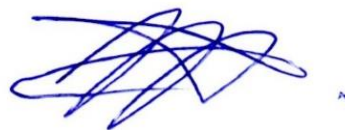
**Preguntas:**

1. Usted, como profesional en psicología ¿Cuál es la estructura general de un informe psicológico?
2. ¿El no reconocimiento oportuno de un menor de edad por parte de su padre, afecta su esfera psicológica (emocional) del hijo?
3. ¿Cuáles son las áreas que se evalúan para determinar una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?
4. ¿Qué instrumentos psicológicos permiten advertir una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?



**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

5. ¿Qué aspectos permiten identificar una afectación en la esfera psicológica (emocional) del menor de edad?
6. ¿La etapa de desarrollo en la que se encuentra el menor influye en la determinación de una afectación psicológica (emocional)? ¿De qué manera?
7. ¿La conducta introvertida o extrovertida del menor durante la evaluación psicológica influye en la determinación de una afectación psicológica (emocional)? ¿De qué manera? (Indicadores de la personalidad).
8. ¿El mayor o menor grado de afectación psicológica (emocional) depende de la edad del niño o adolescente?
9. ¿Qué recomendaciones se realizan cuando se advierte una afectación psicológica y emocional en un menor de edad?



ROBERTO CARLOS PISCO VILLANUEVA  
PSICOLOGO  
URUVIT - SANTA .

**GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE EL DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**Fecha:** 02 de diciembre del 2019

**Hora:** 04 : 10 p.m.

**Lugar:** Sala de entrevista única (Cámara Gesell) - Módulo Penal de la CSJS.

**Entrevistadoras:**

- Bach. Madeleine Stefany Menacho Ojeda
- Bach. Sheyla Róssely Dayana Panta Piscoche

**Entrevistado:**

- Nombre: Adina Pamela Castillo Villanueva
- Género: Mujer
- Cargo: Psicóloga de la Cámara Gesell del Módulo Penal

**Introducción:**

En nuestro país el tema de la paternidad no responsable es una problemática que está generando la postergación de los derechos fundamentales del hijo menor de edad no reconocido (como el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica). Esta situación trae como consecuencia un daño o afectación a la esfera sentimental del hijo, lo que se conoce como daño moral, el mismo que en principio por su propia naturaleza no es valorizable económicamente, sin embargo, en la práctica judicial se otorgan sumas de dinero como medio para su reparación, lo cual no es ajeno en esta investigación. Aunado a ello, en nuestro país no existe impedimento legal para iniciar un proceso judicial solicitando un resarcimiento (monto dinerario) por este tipo de daño sufrido. Por ello no existe justificación de por qué los abogados no lo solicitan.

En ese sentido, nos preguntamos si esta omisión de reconocimiento de paternidad trae como consecuencia una menor o mayor afectación en el hijo en función a su edad y etapa de desarrollo. Para ello hemos creído conveniente recurrir a profesionales en Psicología con la finalidad de que absuelvan nuestras dudas respecto al tema y, contribuyan a advertir la afectación a la esfera sentimental del menor de edad no reconocido por su padre a través de la evaluación psicológica.

**Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de veinticinco minutos.

**Preguntas:**

1. Usted, como profesional en psicología ¿Cuál es la estructura general de un informe psicológico?
2. ¿El no reconocimiento oportuno de un menor de edad por parte de su padre, afecta su esfera psicológica (emocional) del hijo?
3. ¿Cuáles son las áreas que se evalúan para determinar una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?
4. ¿Qué instrumentos psicológicos permiten advertir una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?
5. ¿Qué aspectos permiten identificar una afectación psicológica (emocional) del menor de edad?

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

6. ¿La etapa de desarrollo en la que se encuentra el menor influye en la determinación de una afectación psicológica (emocional) del hijo? ¿De qué manera?
7. ¿La conducta introvertida o extrovertida del menor durante la evaluación psicológica influye en la determinación de una afectación psicológica (emocional)?  
¿De qué manera? (Indicadores de la personalidad)
8. ¿El mayor o menor grado de afectación psicológica (emocional) depende de la edad del niño o adolescente?
9. ¿Qué recomendaciones se realizan cuando se advierte una afectación psicológica (emocional) en un menor de edad?

  
**Lic. Adina Pamela Castillo Villanueva**  
**PSICÓLOGA**  
**CPSP 15910**

### **8.3. MODELO DE GUÍA DE ENTREVISTA A JUECES**

#### **GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE EL DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**Fecha:**

**Hora:**

**Lugar:**

**Entrevistadoras:**

- Bach. Madeleine Stefany Menacho Ojeda
- Bach. Sheyla Róssely Dayana Panta Piscoche

**Entrevistado:**

- Nombre:
- Género:
- Cargo:

**Introducción:**

En nuestro país el tema de la paternidad no responsable es una problemática que está generando la postergación de los derechos fundamentales del hijo menor de edad no reconocido (como el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica). Esta situación trae como consecuencia un daño o afectación a la esfera sentimental del hijo, lo que se conoce como daño moral, el mismo que en principio por su propia naturaleza no es valorizable económicamente, sin embargo, en la práctica judicial se otorgan sumas de dinero como medio para su reparación, lo cual no es ajeno en esta investigación. Aunado a ello, en nuestro país no existe impedimento legal para iniciar un proceso judicial solicitando un resarcimiento (monto dinerario) por

este tipo de daño sufrido. Por ello no existe justificación de por qué los abogados no lo solicitan.

En ese sentido, nos preguntamos ¿cuáles deberían ser los criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre? Para ello hemos creído conveniente entrevistar a Jueces Especializados en Familia con la finalidad de que absuelvan nuestras dudas respecto al tema y, contribuyan al esclarecimiento de la problemática planteada en la presente tesis.

#### **Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de veinte minutos.

#### **Preguntas:**

1. Considera que, el no reconocimiento de un hijo menor de edad por parte de su padre ¿le genera daño moral? Sí o No, ¿Por qué?
2. Teniendo en cuenta la pregunta anterior, ¿el daño moral se presume o es necesario acreditarlo? ¿Por qué?
3. De advertirse daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre, ¿debería repararse?
4. En su experiencia laboral, ¿ha llegado a tener conocimiento de algún caso donde se demande resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre? (Si responde SÍ, comente brevemente el caso). (Si responde NO, ¿por qué cree que no lo solicitan?).
5. Frente a una demanda de filiación extramatrimonial, de llegar advertir de los hechos una afectación moral en el menor de edad no reconocido por su padre, ¿podría otorgar el juez de oficio un resarcimiento por dicho daño moral a

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

favor del menor? (Teniendo en cuenta la flexibilización del principio de congruencia).

6. En nuestra legislación nacional, ¿existe criterios que contribuyan a cuantificar el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre? SÍ o NO.
7. De existir daño moral, ¿qué criterios considera usted que contribuirían a cuantificar el daño moral causado en el menor de edad no reconocido por su padre?
8. De llegar a regularse dichos criterios, ¿estos deberían ser *numerus apertus* o *numerus clausus*?
9. ¿Qué recomendaciones y opiniones les merece la problemática planteada “DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE”?

#### **8.4. DESARROLLO DE LAS GUÍAS DE ENTREVISTA A JUECES**

##### **GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE EL DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**Fecha:** 29 de noviembre del 2019

**Hora:** 04:00 p.m.

**Lugar:** Segundo Juzgado Especializado en Familia de Chimbote.

**Entrevistadoras:**

- Bach. Madeleine Stefany Menacho Ojeda
- Bach. Sheyla Róssely Dayana Panta Piscoche

**Entrevistado:**

- Nombre: Flor Guerrero Saavedra
- Género: Mujer
- Cargo: Juez Especializado en Familia de Chimbote

**Introducción:**

En nuestro país el tema de la paternidad no responsable es una problemática que está generando la postergación de los derechos fundamentales del hijo menor de edad no reconocido (como el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica). Esta situación trae como consecuencia un daño o afectación a la esfera sentimental del hijo, lo que se conoce como daño moral, el mismo que en principio por su propia naturaleza no es valorizable económicamente, sin embargo, en la práctica judicial se otorgan sumas de dinero como medio para su reparación, lo cual no es ajeno en esta investigación. Aunado a ello, en nuestro país no existe impedimento legal para iniciar un proceso judicial solicitando un resarcimiento (monto dinerario) por este tipo de daño sufrido. Por ello no existe justificación de por qué los abogados no lo solicitan.



## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

En ese sentido, nos preguntamos ¿cuáles deberían ser los criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre? Para ello hemos creído conveniente entrevistar a Jueces Especializados en Familia con la finalidad de que absuelvan nuestras dudas respecto al tema y, contribuyan al esclarecimiento de la problemática planteada en la presente tesis.

### **Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de veinte minutos.

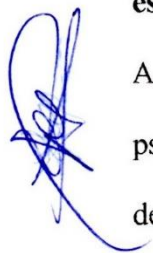
### **Preguntas:**

- 1. Considera que, el no reconocimiento oportuno de un hijo menor de edad por parte de su padre ¿le genera daño moral? Sí o No, ¿Por qué?**

Considero que sí podría ocasionarse un daño moral en el menor de edad por el no reconocimiento de su padre; sin embargo, depende del caso, es decir, sólo en el supuesto que el padre tenga conocimiento de que ese menor es su hijo y aun así no quiera reconocerlo, porque puede darse el caso de que el padre desconozca que tenga un hijo y sea la madre quien sea la responsable de ese daño en el menor.

- 2. Teniendo en cuenta la pregunta anterior, ¿el daño moral se presume o es necesario acreditarlo? ¿Por qué?**

A mi criterio, el daño moral debe acreditarse ya sea con un informe psicológico, un informe social, en donde se pueda advertir el desenvolvimiento del niño en sus relaciones interpersonales, en sus estudios,



etc., porque puede que esta situación le genere inseguridad o altere sus niveles de aprendizaje.

**3. De advertirse daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre, ¿debería repararse?**

Sí, debería repararse. Pues de acreditarse que el menor se ha visto afectado en su esfera interna por el no reconocimiento de su progenitor, merece una reparación económica.

**4. En su experiencia laboral, ¿ha llegado a tener conocimiento de algún caso donde se demande resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre?**

(Si responde SÍ, comente brevemente el caso)

(Si responde NO, ¿por qué cree que no lo solicitan?)

No, en todos estos años como Juez no he visto ningún caso donde soliciten resarcimiento por daño moral por el no reconocimiento del padre, es más en la vía civil tampoco he advertido algún caso así. Y considero que el motivo es porque los abogados no conocen de este tipo de resarcimientos a pesar que ninguna norma les impide.

**5. Frente a una demanda de filiación extramatrimonial, de llegar advertir de los hechos una afectación moral en el menor de edad no reconocido por su padre, ¿podría otorgar el juez de oficio un resarcimiento por dicho daño moral a favor del menor? (Teniendo en cuenta la flexibilización del principio de congruencia).**



Considero que sí lo puede hacer de oficio en un caso extremo, es decir, cuando yo en audiencia al tomarle la opinión del menor advierta que hay grave afectación emocional o moral al no tener una figura paterna reflejada en su personalidad, claro que esta situación iría de la mano con la prueba de oficio consistente en el informe psicológico. Sin embargo, pienso que este resarcimiento no lo otorgaría en la sentencia sino que lo incorporaría como punto controvertido a fin de que esté sujeto a debate, de lo contrario vulneraría el derecho de defensa del padre.

- 6. En nuestra legislación nacional, ¿existen criterios que contribuyan a cuantificar el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre? SÍ o NO.**

En la normativa peruana no existen criterios destinados a cuantificar un daño moral por el no reconocimiento de un padre, por el mismo hecho que no se han dado este tipo de pretensiones, pese a que nada lo prohíbe hacerlo. Debemos tener en cuenta, además, que uno de los daños más difíciles de cuantificar es el afectivo o moral, sin embargo, en la norma procesal civil se estipula que todo daño debe ser reparado pero no indica cómo cuantificarlo.

- 7. De existir daño moral, ¿qué criterios considera usted que contribuirían a cuantificar el daño moral causado en el menor de edad no reconocido por su padre?**

A fin de cuantificar el daño moral considero que un criterio fundamental es el grado de afectación en el menor el cual se sabrá con el informe psicológico, y en donde se pueda advertir que la personalidad del menor ha

cambiado o es distorsionada, entonces ahí se valorará si merece o no un resarcimiento. Asimismo, a efectos no solo de establecer un monto sino de motivar el mismo debe tenerse en cuenta los derechos que se le vulneran al menor como la identidad, el nombre, a conocer a sus padre biológicos, entre otros, los cuales van de la mano también con el Principio del Interés Superior del niño.

**8. De llegar a regularse dichos criterios, ¿estos deberían ser *numerus apertus* o *numerus clausus*?**

En principio, considero que no es necesaria su regulación porque criterios como los derechos afectados, el informe psicológico, etc, se pueden apreciar de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica judicial. Pero en caso se dé su regulación debería ser *numerus apertus* porque no se puede restringir al Juez a motivar con criterios nuevos su resolución.



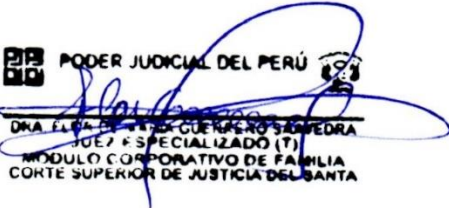
**9. ¿Qué recomendaciones y opiniones les merece la problemática planteada “DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE”?**

La problemática planteada es interesante y debatible, pues en el supuesto que el padre sabiendo que tiene un hijo se desconoce totalmente de su paternidad es muy probable que cause una afectación moral en el menor, digo probable porque debe advertirse del informe psicológico. Ahora bien, sobre la regulación del daño moral por el no reconocimiento del padre considero que no es necesario que se regule porque es una pretensión que nada impide que se solicite, teniendo en cuenta que las pretensiones no

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

tienen que estar taxativamente legisladas en el código para ejercer mi derecho de acción. Por tanto, si se advierte una afectación la parte tiene derecho a que se demande y ya el juez le dará el cauce necesario, en base al principio general de quien causa daño está obligado a repararlo, o lo estipulado en el Código Civil (art.1984) de que todo daño moral debe ser indemnizado.

Asimismo, quiero mencionar que la Casación 950-2016-Arequipa, nos obliga a los jueces a investigar quién es el verdadero padre, y que ahora no sólo manda la prueba de ADN (identidad estática) sino también el elemento afectivo que es la identidad dinámica; sin embargo esa Casación es en parte justa porque aquel padre biológico queda eximido de obligaciones para con su hijo y bien gracias que otro asuma sus obligaciones, yo considero que debería al menos ayudar con la manutención del menor así este no lleve los apellidos del progenitor.

 PODER JUDICIAL DEL PERÚ   
  
DÑA. ELLEN ROSA GUERRERO SAMPEDRA  
JUEZ ESPECIALIZADO (T)  
MÓDULO CORPORATIVO DE FAMILIA  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA

**GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE EL DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**Fecha:** 02 de diciembre del 2019

**Hora:** 03:00 pm

**Lugar:** 1° Juzgado Civil CSJS - Chimboete.

**Entrevistadoras:**

- Bach. Madeleine Stefany Menacho Ojeda
- Bach. Sheyla Róssely Dayana Panta Piscoche

**Entrevistado:**

- Nombre: Ricardo M. Alza Vasquez
- Género: Masculino
- Cargo: Juez (T) del Primer Juzgado Civil

**Introducción:**

En nuestro país el tema de la paternidad no responsable es una problemática que está generando la postergación de los derechos fundamentales del hijo menor de edad no reconocido (como el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica). Esta situación trae como consecuencia un daño o afectación a la esfera sentimental del hijo, lo que se conoce como daño moral, el mismo que en principio por su propia naturaleza no es valorizable económicamente, sin embargo, en la práctica judicial se otorgan sumas de dinero como medio para su reparación, lo cual no es ajeno en esta investigación. Aunado a ello, en nuestro país no existe impedimento legal para iniciar un proceso judicial solicitando un resarcimiento (monto dinerario) por este tipo de daño sufrido. Por ello no existe justificación de por qué los abogados no lo solicitan.

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

En ese sentido, nos preguntamos ¿cuáles deberían ser los criterios que contribuirían a cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre? Para ello hemos creído conveniente entrevistar a Jueces Especializados en Familia con la finalidad de que absuelvan nuestras dudas respecto al tema y, contribuyan al esclarecimiento de la problemática planteada en la presente tesis.

### **Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de veinte minutos.

### **Preguntas:**

1. Considera que, el no reconocimiento oportuno de un hijo menor de edad por parte de su padre ¿le genera daño moral? Sí o No, ¿Por qué?
2. Teniendo en cuenta la pregunta anterior, ¿el daño moral se presume o es necesario acreditarlo? ¿Por qué?
3. De advertirse daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre, ¿debería repararse?
4. En su experiencia laboral, ¿ha llegado a tener conocimiento de algún caso donde se demande resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre?  
(Si responde SÍ, comente brevemente el caso)  
(Si responde NO, ¿por qué cree que no lo solicitan?)
5. Frente a una demanda de filiación extramatrimonial, de llegar advertir de los hechos una afectación moral en el menor de edad no reconocido por su padre, ¿podría otorgar el juez de oficio un resarcimiento por dicho daño

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

moral a favor del menor? (Teniendo en cuenta la flexibilización del principio de congruencia).

6. En nuestra legislación nacional, ¿existe criterios que contribuyan a cuantificar el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre? SÍ o NO.
7. De existir daño moral, ¿qué criterios considera usted que contribuirían a cuantificar el daño moral causado en el menor de edad no reconocido por su padre?
8. De llegar a regularse dichos criterios, ¿estos deberían ser *numerus apertus* o *numerus clausus*?
9. ¿Qué recomendaciones y opiniones les merece la problemática planteada “DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE”?

  
**PODER JUDICIAL**  
Corte Superior de Justicia del Santa  
**Dr. Ricardo M. Alza Vásquez**  
JUEZ (T)  
PRIMER JUZGADO CIVIL - CHIMBOTE



**GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE EL DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**Fecha:** 28 de noviembre del 2019

**Hora:** 08:30 a.m.

**Lugar:** Juzgado Mixto de la Provincia de Oyon

**Entrevistadoras:**

- Bach. Madeleine Stefany Menacho Ojeda
- Bach. Sheyla Róssely Dayana Panta Piscoche

**Entrevistado:**

- Nombre: Gilda Leticia Bayona Miranda
- Género: Femenino
- Cargo: Juez del Juzgado Mixto de la Provincia de Oyon.

**Introducción:**

En nuestro país el tema de la paternidad no responsable es una problemática que está generando la postergación de los derechos fundamentales del hijo menor de edad no reconocido (como el derecho a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica). Esta situación trae como consecuencia un daño o afectación a la esfera sentimental del hijo, lo que se conoce como daño moral, el mismo que en principio por su propia naturaleza no es valorizable económicamente, sin embargo, en la práctica judicial se otorgan sumas de dinero como medio para su reparación, lo cual no es ajeno en esta investigación. Aunado a ello, en nuestro país no existe impedimento legal para iniciar un proceso judicial solicitando un resarcimiento (monto dinerario) por este tipo de daño sufrido. Por ello no existe justificación de por qué los abogados no lo solicitan.

En ese sentido, nos preguntamos ¿cuáles deberían ser los criterios que permitan cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre? Para ello hemos creído conveniente entrevistar a Jueces Especializados en Familia con la finalidad de que absuelvan nuestras dudas respecto al tema y, contribuyan al esclarecimiento de la problemática planteada en la presente tesis.

**Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de veinte minutos.


**Preguntas:**

1. Considera que, el no reconocimiento oportuno de un hijo menor de edad por parte de su padre ¿le genera daño moral? Sí o No, ¿Por qué?
2. Teniendo en cuenta la pregunta anterior, ¿el daño moral se presume o es necesario acreditarlo? ¿Por qué?
3. De advertirse daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre, ¿debería repararse?
4. En su experiencia laboral, ¿ha llegado a tener conocimiento de algún caso donde se demande resarcimiento por daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre? (Si responde SÍ, comente brevemente el caso). (Si responde NO, ¿por qué cree que no lo solicitan?).
5. Frente a una demanda de filiación extramatrimonial, de llegar advertir de los hechos una afectación moral en el menor de edad no reconocido por su padre, ¿podría otorgar el juez de oficio un resarcimiento por dicho daño moral a favor del menor? (Teniendo en cuenta la flexibilización del principio de congruencia).

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

6. En nuestra legislación nacional, ¿existe criterios que contribuyan a cuantificar el daño moral en el hijo menor de edad no reconocido por su padre? SÍ o NO.
7. De existir daño moral, ¿qué criterios considera usted que contribuirían a cuantificar el daño moral causado en el menor de edad no reconocido por su padre?
8. De llegar a regularse dichos criterios, ¿estos deberían ser *numerus apertus* o *numerus clausus*?
9. ¿Qué recomendaciones y opiniones les merece la problemática planteada “DAÑO MORAL CAUSADO AL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE”?



  
GILDA LETICIA BAYONA MIRANDA  
Jueza del Juzgado Mixto de la Provincia de Oyón  
en adición de Funciones Juzgado Penal Unipersonal  
Corte Superior de Justicia de Huánuco  
POD. J. UNIPERSONAL

## 8.5. JURISPRUDENCIA ARGENTINA

**EXPEDIENTE N° 102350**

**(17 de octubre del 2016)**

**Partes: B. L. A. c/ B. R. A. s/ daño moral**

**Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**

**Sala/Juzgado: D**

**Cita: MJ-JU-M-102350-AR | MJJ102350 | MJJ102350**

### **Sumario:**

1.-Debe confirmarse la admisión del resarcimiento solicitado por el actor ante el daño sufrido por la falta de reconocimiento de la paternidad en que incurrió el demandado, ya que la demanda de filiación fue admitida y está acreditado que fehacientemente el demandado supo que aquel podía ser su hijo y nada hizo al respecto.

2.-El no reconocimiento espontáneo del padre produce menoscabo moral al hijo lesionando un interés extrapatrimonial, al desconocerle su estado de familia que constituye un atributo de la personalidad.

3.-El demandado resulta civilmente responsable al haberse sustraído al deber jurídico de reconocer a su descendencia, siendo que luego de ser demandado por filiación solo contribuyó a someterse a un análisis de ADN, el cual despejó todas las dudas que razonablemente podría haber albergado respecto a la verdadera filiación del actor, más debió dictarse sentencia declarando la filiación en tanto no existió de su parte un reconocimiento de su paternidad siquiera en esa instancia.

### **Fallo:**

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los días del mes de octubre de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala "D", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "B, L A c/ B, R A s/ Daño moral", el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Patricia Barbieri, Osvaldo Onofre Álvarez y Ana María Brilla de Serrat. A la cuestión propuesta la doctora Patricia Barbieri, dijo: I) Se demanda en autos por indemnización de daño moral originado por la falta de reconocimiento de la paternidad, acción que promueve la Srta. L A B, que a la fecha de la presente tiene 32 años de edad. II)

Señala que su madre conoció al demandado en un viaje en tren de Buenos Aires a Junín y a partir de ahí comenzaron a frecuentarse hasta que su madre se mudó a la Ciudad de Pinamar. Al poco tiempo de mudarse, se enteró que estaba embarazada y lo llamó por teléfono para contarle la noticia, respondiendo el actor con desinterés. Su madre continuó con el embarazo hasta que el 8 de noviembre de 1985 nació la actora en la Ciudad de Mar del Plata. Relata que, en varias oportunidades, su mamá y sus abuelos llamaron a al Sr. B para que conozca a su hija, pero nunca lo hizo. Asevera que el demandado conocía la existencia de su nacimiento y a pesar de los constantes llamados, jamás decidió reconocer a la dicente pese a que era su obligación legal. Agrega que aproximadamente a sus 15 años averiguó donde iba a estar su padre y, junto a su madre, se acercó al Club Hípico de Mar del Plata para verlo. Cuenta que lo encontraron en un concurso de equitación y cuando les preguntó quiénes eran, ambas le dijeron que L era su hija, no consiguiendo con ello ninguna respuesta. Agrega que hace muchos años vive con la angustia de haber sido rechazada por su padre, siendo muy difícil crecer con el karma de ser hija de madre soltera y deseando conocer a su familia paterna, en especial a su hermana. Señala que, a raíz de ello, inició la acción de filiación cuya sentencia declaró que es la hija biológica del demandado, con un estudio de ADN del 99,99% de compatibilidad, pronunciamiento confirmado, produciendo un dispendio temporal que dañó -aún más- moralmente a la actora. En definitiva, solicita se lo condene a indemnizar el daño moral provocado a la suscripta durante todos los años de destrato, de no tener el apellido paterno, de privaciones materiales, en definitiva, de haberla herido en sus justas susceptibilidades durante 28 años.

III) El demandado contesta la presente acción negando los hechos invocados por la actora, pero reconociendo el aludido viaje en tren donde cuenta que conoció a una mujer de nombre V con la que dos semanas después salieron al cine, a cenar, con

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

la que tuvo una única relación sexual para luego no verla más por muchos años. Añade que jamás lo contactaron, ni la mujer ni sus padres, para darle la supuesta noticia de que tenía una hija. Agrega que años después en el Club Hípico de Mar del Plata se apersonaron una mujer y una niña quienes pidieron verlo y le anoticiaron que la menor era su descendiente. En esas circunstancias y tras el shock, les ofreció realizarse la prueba de ADN, cuestión a la que la madre se negó. Jamás volvió a verlas hasta que a finales del 2010 recibió un llamado de L y se juntaron en un café de Montevideo y Santa Fe. Allí le contó su historia -que dista de la relatada por su madre- y le ofreció hacerse un ADN, pero luego averiguó que estos estudios solo se hacen por orden judicial. Dentro del marco del expediente, producido el estudio genético, se declaró la filiación, habiendo el dicente colaborado procesalmente, acatando la sentencia dictada. Alude que, con posterioridad al fallo, intentó forjar una relación de conocimiento y amor con su hija más su actitud fue hostil desde el comienzo. Concluye que la situación es preocupante y muy dolorosa pues también contuvo agresiones hacia su persona y una denuncia contra su esposa.

IV) La sentencia dictada a fs. 133/7 admitió la demanda entablada, condenando a R A B a abonar a L A B en concepto de daño moral la suma de \$200.000, más los intereses y las costas. El señor juez de grado tuvo por acreditados los extremos invocados por la actora, con la consiguiente obligación del demandado de reparar el daño moral por falta de reconocimiento espontánea de su paternidad y valorando asimismo tanto la pericia psicológica realizada en autos como su actuación en el proceso de filiación.

V) Contra dicho pronunciamiento se alza el demandado. Sostiene que el fallo es incongruente y arbitrario, cuestionando asimismo el monto de la condena. Agrega que de la pericia citada surge que Ludmila ha sufrido enormes padecimientos a causa de su relación con su familia materna y pese a ello, este aspecto no fue valorado por el “a quo”. Pide se haga lugar a sus quejas y se reduzca el monto concedido en primera instancia.

VI) Analizaré el presente caso teniendo en cuenta que nuestro más Alto Tribunal ha decidido que los jueces no están obligados a seguir todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos:258:304;

262:222; 265:301 y doctor. de los arts.364 y 386 del CPCCN). a) Surge de los autos caratulados “R L A c/ B R A s/ Filiación” Exp. n° 110.572/2010 que la sentencia que se encuentra firme, ha declarado al demandado padre biológico de la actora (v. fs. 65/6) teniendo como prueba basal el informe del Servicio de Huellas Digitales Genéticas de la Facultad de Farmacia y Bioquímica de Universidad de Buenos Aires (fs.23/6) del que se desprende que R A B presenta una probabilidad de Paternidad de 99, 999 % con respecto a L A R.- De las constancias objetivas de esta causa se observa que quedó cabalmente acreditado que la madre de la reclamante efectivamente anotició al demandado de la existencia de una hija, por lo menos desde la época en que él mismo reconoce haberlas visto en el Club Hípico Mar del Plata. Y si bien ninguna de las partes informa exactamente la fecha de tal encuentro, de las manifestaciones del padre en su contestación de demanda surge que L en ese tiempo era bastante menor pues refiere “encontrándome en el Club Hípico Mar del Plata como jurado de una prueba hípica, se apersonaron una señora y una niña y pidieron verme. Lógicamente quedé en virtual estado de shock. Al reponerme le pedí a V hablar a solas, cosa a la que se negó. Con las limitaciones que aconsejaba el diálogo frente a una menor, le pregunté utilizando el lenguaje más sutil posible como estaba segura de que yo fuera el padre de esa niña.” (v.fs.21 y vta.). Es decir, que fehacientemente el demandado supo que esa niña podía ser su hija y sin embargo nada hizo. Digo esto pues es sabido que existe culpa si se prueba que hubo falta de reconocimiento, pues no se puede ignorar lo que el mismo alegó en su defensa, a esa fecha, sabía de la existencia de una hija. Además de ello, también cuenta en su escrito sobre un encuentro con L sobre finales de 2010 en donde le comunicó que era su padre, motivo por el cual la invitó a tomar un café, pero nada más que eso. Así las cosas, la demanda de filiación se inició dos años después, evidentemente, ante la falta de colaboración del demandado en asumir sus obligaciones. No puedo dejar de mencionar que, pese a que el estudio genético resultó prueba suficiente para descartar cualquier duda, B apeló la sentencia (v.fs.70) en abril del 2012, para que luego este Tribunal -en antigua composición- declarara desierto el recurso por falta de interposición de agravios. Esta maniobra a todas luces fue dilatoria del proceso, demostrando así -una vez más- su

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

actitud defensiva con relación a su paternidad. Súmese a ello, la testigo ofrecida por la parte actora a fs. 51, L M -amiga de la accionante- quien señaló, entre otras cosas, que, desde los 16 años hasta su declaración, el padre nunca aceptó a L, provocando que anímicamente esté muy mal, porque pese a que buscó el contacto con él y con su media hermana, siempre fue rechazada. Las Sras. M C (fs. 67) y C A (fs. 68), testigos ofrecidas por el demandado dan cuenta del conocimiento del demandado de una hija extramatrimonial tiempo antes del inicio de la demanda de filiación, inclusive del intento de integrarla a la familia que ya tenía constituida con su esposa e hija, lo que me persuade de pensar que evidentemente no estaba en los planes de B reconocerla, pues de ser así habrían presentado los trámites de filiación en forma conjunta y voluntaria, y mucho menos hubiera apelado el fallo que lo declara padre de la actora. Asimismo, cabe precisar que los principios que rigen el grado de convicción a que llega el sentenciante, luego de evaluar las pruebas arrimadas a la causa, no apuntan a la certeza absoluta, sino que ha de buscarse la certeza moral, refiriéndose con este concepto al estado de ánimo del juez en virtud del cual aprecia, ya no con grado de seguridad total, sino de convincente probabilidad, su acercamiento a la verdad. El juzgador puede inclinarse a favor de unos elementos y descartar otros sin que sea necesario expresar la valoración de todas las probanzas, sino únicamente de las que resulten necesarias para el fallo (SCBA, Ac. 44.933, 13/VII/91). Es decir, no hay obligación de referirse en detalle a cada una de las pruebas, bastando que el juez indique las esenciales sobre las que descansan sus conclusiones (SCBA, Ac. y Sent., 1986-III-575). Además, es necesario dejar sentado que, la apreciación de la prueba consiste en un criterio lógico-valorativo, que en el ordenamiento argentino responde al principio de la sana crítica (art. 386 CPCCN). En definitiva, entiendo que la parte actora logró acreditar la negativa del demandado a asumir su paternidad, por lo menos desde ese encuentro en Mar del Plata cuando aún era una niña. En este orden de ideas, no tengo dudas acerca de la procedencia del daño moral en el caso en estudio. Es que el no reconocimiento espontáneo del padre produce menoscabo moral al hijo lesionando un interés extrapatrimonial, al desconocerle su estado de familia que, como se sabe, constituye un atributo de la personalidad. El daño moral es aquel que afecta

principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del C.C. Y su doctrina; SCBA 13/6/89, “Miguez Rubén y otro c. Comarca S.A. y otro” -L 40.790- El Derecho T° 136 pág. 526). Es que al no requerir prueba específica alguna, ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño in re ipsa- correspondiendo al responsable del hecho dañoso acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de dicho daño. Es el demandado quien resulta civilmente responsable al sustraerse al deber jurídico de reconocer a su descendencia, ya que luego de ser demandado judicialmente, solo contribuyó a someterse a un análisis de ADN, el cual despejó todas las dudas que razonablemente podría haber albergado respecto a la verdadera filiación de la actora, más debió dictarse sentencia declarando la filiación, pues, insisto no obró de su parte reconocimiento de su paternidad siquiera en esa instancia. Siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de los derechos de la personalidad, la acreditación de dicha transgresión, importa al mismo tiempo la prueba de la existencia del daño (conf. Brebbia “El daño moral en las relaciones de familia” en Derecho de Familia, homenaje a Méndez Costa). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha impuesto la doctrina que establece que el daño moral tiene carácter resarcitorio el que surge de textos legales expresos (arts. 522 y 1078 del Cód. Civil vigente a la fecha de esta demanda), no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (“Forni, Francisco y otros c. Ferrocarriles Argentinos s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” F 439.XXI, setiembre 7 de 1989). No puede dejar de considerarse que la reparación del agravio moral corresponde no sólo por lo dispuesto por los citados artículos del Código Civil, sino también por lo establecido en la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 11).

## **CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

En consecuencia, corresponde valorar el daño que pudo haber sufrido la joven L, por no haber sido considerada, en el ámbito de las relaciones humanas, hija de su progenitor, en razón de la omisión en que éste incurrió al no reconocerla, desde el primer encuentro que tuvieron en la Ciudad de Mar del Plata señalado “ut supra”. Siendo entonces que es doctrina incuestionable que la reparación del daño moral tiene naturaleza resarcitoria, ninguna importancia tiene determinar si la actitud del demandado puede calificarse de dolosa o culposa desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad (Belluscio-Zannoni, “Código Civil Comentado”, t. 5, p. 113). Por último y tocante a las quejas puntuales del demandado con relación a la valoración de la pericia psicológica producida en autos, más allá de que -como toda adolescente- pudo haber tenido problemas mayores o menores con su entorno materno familiar, coincido plenamente con el sentenciante de que es acertado valorar el porcentaje de incapacidad psicológica informado por la perito (v.fs.72/83) pues como allí lo explica, el abandono y desconocimiento que sufrió por parte de su padre pudo haberle causado un estado de angustia considerable, circunstancia por la que le asigna un 30% de incapacidad psíquica de la total vida. Preciado así el entorno en que se desarrollaron los hechos es que debe reconocerse el daño moral en este caso y en cuanto al monto considero que la suma fijada en la sentencia recurrida es ajustada a derecho, por lo que en este aspecto propongo su confirmación, rechazando las quejas del demandado. -

VII) Con respecto a las costas, atento el resultado de los agravios formulados, considero razonable imponerlas a la parte demandada vencida (art. 68 CPCC).-

VIII) Por todo lo expuesto, y si mis distinguidos colegas compartieran mi opinión, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia recurrida, rechazando los agravios interpuestos por el demandado, con costas al vencido. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto sean fijados los de primera instancia. -

Así mi voto. -

Los señores jueces de Cámara doctores Osvaldo Onofre Álvarez y Ana María R. Brilla de Serrat, por análogas razones a las aducidas por la señora juez de Cámara doctora Patricia Barbieri, votaron en el

mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

PATRICIA BARBIERI- OSVALDO ONOFRE ALVAREZ – ANA MARIA BRILLA DE SERRAT.

Este Acuerdo obra en las páginas n° del Libro de Acuerdos de la Sala “D”, de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, de octubre de 2016.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: Confirmar la sentencia recurrida, rechazando los agravios interpuestos por el demandado, con costas al vencido. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto sean fijados los de primera instancia. - Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese por Secretaría y devuélvase.

Patricia Barbieri

Ana María Brilla de Serrat

Osvaldo Onofre Alvarez

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

**Expediente N° 40744/9  
(05 de abril del 2017)**

En la Ciudad de Corrientes, a los cinco días del mes abril de dos mil diecisiete, encontrándose reunidos en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, los Sres. Vocales titulares de la Sala N° 3 DRA. CLAUDIA KIRCHHOF y DR. MIGUEL PACELLA con la Presidencia de la Dra. MARIA EUGENIA SIERRA DE DESIMONI asistidos de la Secretaria autorizante, tomaron en consideración el juicio caratulado: “U., V. L. C/ L., W. D. S/ FILIACION”, Expte. N° EXP40744/9, venido a conocimiento de la Sala con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 164/168.- Practicado sorteo para determinar el orden de votación resultó el siguiente: 1°) Dra. CLAUDIA KIRCHHOF y 2°) Dr. MIGUEL PACELLA. - Seguidamente la primera de los mencionados hizo la siguiente:

**RELACION DE LA CAUSA:** Omito volver a efectuarla por razones de brevedad, dando por reproducida en esta Instancia la practicada por la a quo en el fallo recurrido. A fs. 173/178, la Sra. Juez falló: “1°) HACER LUGAR a la demanda de filiación deducida, declarando la existencia de vínculo biológico de paternidad del Sr. W. D. L., con respecto al actor Sr. L. L. U. En consecuencia tener por reconocido y emplazándolo como hijo del Sr. W. D. L. (D.N.I. N XX.XXX.XXX) al niño L. L. U. (D.N.I. N° XX.XXX.XXX), nacido el 29 de Octubre de 2005 en Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, hijo de L. A. U. (D.N.I. N° XX.XXX.XXX), nacimiento inscripto bajo el Acta N° 1866 – Tomo III - Folio 69 - Año 2005 de la Dirección Provincial del Registro de las Personas, de Lomas de Zamora, Partido de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, debiendo librarse el pertinente Oficio en los términos de la ley convenio 22.172, para la toma de razón de la presente resolución. 2°) HACER LUGAR al pedido de indemnización de daño moral por la falta de reconocimiento del vínculo biológico y en consecuencia fijar la suma de Pesos Cincuenta mil (\$ 50.000) en dicho concepto; los que serán debidos a partir del dictado de la sentencia y en caso de mora devengará una tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina. 3°) IMPONER las costas al demandado. 4°) INSERTESE, regístrese y NOTIFIQUESE”. A fs. 164/168, el demandado interpuso recurso de apelación contra Sentencia N°

593/13. A fs. 173/175 y vta. fue contestado el traslado conferido. A fs. 180 se concedió el recurso de apelación incoado libremente y con efecto suspensivo. A fs. 235 se llamó autos para sentencia y se integró la Sala. Esta causa se encuentra en estado de resolución definitiva. - El Dr. MIGUEL PACELLA presta conformidad con la precedente relación de la causa. -

**CUESTIONES**

PRIMERA: ¿Es nula la sentencia?

SEGUNDA: ¿En su caso debe ser confirmada, modificada o revocada?

**A LA PRIMERA CUESTION LA DRA. CLAUDIA KIRCHHOF DIJO:** I.- No se interpuso recurso de nulidad contra la sentencia N° 593, y no verificándose causales que ameriten un pronunciamiento de oficio al respecto, no procede la consideración de esta cuestión. -

**A LA MISMA CUESTION EL DR. MIGUEL PACELLA DIJO:** Que adhiere al voto de la Sra. Vocal preopinante. -

**A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. CLAUDIA KIRCHHOF DIJO:**

I.- Por Sentencia N° 593/13 (de fs. 156/159 y vta.), se hizo lugar a la demanda de filiación, declarándose como hijo de W. D. L., a L. L. U., imponiéndose costas al demandado, condenándose a pagar la suma de \$50.000 en concepto de daño moral por falta de reconocimiento del vínculo biológico, los que serán debidos a partir del dictado de la sentencia y en caso de mora devengarán intereses tasa activa del Banco de la Nación Argentina. Dedujo el progenitor recurso de apelación (a fs. 164/168), que fue contestado a fs. 173/175 y vta. y concedido a fs. 180 libremente y con efecto suspensivo.

II.- Los **agravios** refieren: Que, la resolución condenó al pago de daño moral por falta de reconocimiento en un monto que constituye un perjuicio irreparable e injusto para su mandante. Que, todo lo peticionado por la accionante fue concedido por el inferior, aún sin ningún tipo de prueba fehaciente, salvo la prueba biológica, que, en la etapa pertinente, también fue ofrecida por su parte, sometiéndose a la misma. Que la negatoria de los hechos, tienen razón de ser en que no le constaban, hasta el respaldo de la prueba de ADN. Que el estado de duda que envolvía al accionado no fue contemplado por la sentenciante. Que fue condenado de antemano, volviendo sobre sus dichos, reitera, que la actora no ha probado



mínimamente su pretensión. Que jamás evadió su responsabilidad, que prácticamente se allanó, que se supeditó al resultado del ADN atento a que nunca fue una relación estable. Que nunca asumió una actitud de repudio contra el menor que pueda causarle daño moral. Que, por el contrario, expresó, que, si el resultado de la prueba genética fuera positivo, pasaría la cuota alimentaria correspondiente. Reitera nuevamente que la actora no probó anotar por medio fehaciente la gestación ni el nacimiento, como si lo hizo al exigir el reconocimiento por medio de carta documento, limitándose a expresar que lo había comunicado verbalmente, que todo lo actuado tiene base verbal y que valiéndose del ADN positivo el a-quo ha convalidado su versión. Que no se han analizado sus dichos, que fueron rechazados y que el a-quo está convencido de que es un mal padre aún antes de su III.- **La contestación:** Que, al contrario de la opinión del apelante, el logro del dictado de la Sentencia puesta en crisis, habla por sí misma, que no tiene asidero sostener que no han existido pruebas acreditadas, que estas se desprenden de su misma contestación donde expresa haber conocido a la actora, el lapso de la relación, que le comunicó su estado de gravidez, como así también más tarde la intención del niño de conocerlo, relevando a su parte de prueba. Que no ofreció prueba de ADN antes de la promoción de la acción, al saber del embarazo y de la existencia del menor, tampoco ante el deseo de este de conocerlo. Ante su duda, no hizo nada. Que nunca se allanó, al contrario, negó terminantemente el embarazo y el nacimiento. Que se tuvo que llegar a la sentencia para lograr el reconocimiento. Que, a los efectos de la cuantificación del daño, se consideró la situación de soledad y abandono vivida por la actora ante su negativa, situación que luego se trasladó a su hijo. Que esa negativa de reconocer al menor engendra un hecho ilícito que genera el derecho de ser resarcido.

IV.-**Una cuestión previa:** Que previo a todo es menester aclarar que la sentencia ha sido dictada con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. En esta Sala hubo quedado sentado el criterio respecto de la interpretación del art. 7 del CCyC, el cual determina: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Sin embargo, en materia de daños, he fijado mi posición

fallo, porque siendo legítimo padre negó su paternidad y por ende le negó su identidad de hijo al menor. Que no es padre reticente, pues al tomar razón de la demanda y no antes, nunca había tomado conocimiento de su posible paternidad, que siempre justificó sus incomparecencias a la realización de la prueba. Sobre la relación sostiene, que no se probó que fuera pública y notoria, pues la relación fue fugaz, efímera y carente de formalidad y trae a colación los viajes frecuentes de la actora. Concluye diciendo que no se han arrojado pruebas de su conducta reticente en sus obligaciones como progenitor, que hagan al monto determinado en concepto de daño moral, atento a que el menor no sufrió detrimento alguno y apunta la circunstancia del tiempo que la actora espero para imponerle de su situación.

en relación a los supuestos en que corresponde la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial. En autos: "ENCINAS, GERMAN DANIEL Y GOMEZ, MARIA EUGENIA C/ MARIA LETICIA SILVA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N° C13-58878/5, en trámite por ante la Sala II de la Cámara de Apelaciones, como subrogante dije: "... que tanto el Código de Vélez como la nueva legislación civil consagran similar estructura en cuanto a la obligación de reparar el daño. Aquí uno de los agravios se circunscribe a la atribución de responsabilidad y en nada cambiaría la solución que propicio su aplicación inmediata si correspondiere; pues –reitero- el nuevo CCC no ha generado variaciones sustanciales en la materia de que se trata (responsabilidad por daños), más allá de la nueva terminología empleada y su diferenciación en relación al número y ubicación del articulado. Por lo cual, resultan aplicables "los mismos conceptos y criterio que hasta ahora han seguido doctrina y jurisprudencias nacionales". (Bueres, Alberto J. "Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado. Concordancias y análisis comparativo con la normativa anterior". Tomo 2. pág. 184/185. Ed. Hamurabi. Año 2015). - Ahora bien, para la determinación y atribución de responsabilidad rige la ley vigente al momento del hecho conforme art. 7 del C.C.y C. Se trata de un hecho pasado, sucedido, que se agotó en cuanto a la posible existencia de un factor antijurídico imputable al agente. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico

dañoso. (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Pág. 100. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 2015). - En síntesis, el Código derogado rige para todos los hechos generadores de daños acontecidos con anterioridad al 1° de agosto del 2015, ergo en el caso de autos se da este supuesto. No existiendo óbice para aplicar el nuevo Código Civil y Comercial a los efectos de cuantificar el daño que se hubiese producido, si correspondiere. -

V.- **La solución:** El recurso solo puede estimarse parcialmente. No admite discusión la responsabilidad que le cabe al demandado por la falta de reconocimiento de su hijo en tiempo oportuno. El resultado positivo del examen de ADN y la ausencia de reconocimiento a esa fecha, hacen ociosa cualquier alegación que hiciere tendiente a deslindarse de responsabilidad. Por esa circunstancia carece de toda entidad el acápite que formula al contestar la demanda pretendiendo el rechazo del daño moral con costas y las quejas vertidas luego en el recurso a ese respecto. La indemnización del daño moral que se le debe al hijo no es de carácter restrictivo como sostiene el quejoso. Al analizar el plexo normativo, tanto el anterior como el vigente, concluí en el punto que antecede que resulta de aplicación el anterior ordenamiento. Digo esto porque actualmente se cuenta con una manda específica que establece que el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable (art. 587 del CCyC). De cualquier modo y aún sin ella con la anterior normativa, doctrina y jurisprudencia admitían la existencia del daño, que este no exigía prueba, ni requería dolo por parte del demandado, la ausencia de reconocimiento otorgaba al hijo el derecho a una reparación. En autos R. A. M. C/ M. M. A. S/ FILIACION. EXPTE. N° 20986; dije: “La existencia del daño es indiscutible con los perfiles predominantes de un daño moral porque la falta de determinación del estado de hija la perturba en el goce de los derechos que dependen de ese emplazamiento y que tenga a su favor el correspondiente título, incluyendo, entre otros el uso del apellido. Se trata de derechos reconocidos por la Constitución Nacional que el Pacto de San José de Costa Rica ha venido a subrayar mediante la mención expresa del derecho humano a la identidad. Se encuentran en pie de igualdad junto al catálogo de derechos que comprenden a la vida, la

intimidad, el honor, la propia imagen. (Méndez Costa, María Josefa, Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente, en La Ley 1989-E-563).- Lo que se indemniza en estos casos son las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivan de la falta de conocimiento de la propia identidad, y de no ser considerado en el ámbito de las relaciones humanas (por ej. en la escuela y/o ámbito educativo)”.- Insiste el accionado en su estado de duda, y que esa circunstancia no fue tenida en consideración por la Juez de grado. Sin embargo, esa duda debió asaltarle desde el momento mismo en que conoció que la madre de su hijo estaba embarazada y al parecer decidió ignorarlo. Dice en su contestación de la demanda (a fs. 46 vta.) que: “...conoció a la señorita V. L. U., en el mes de enero del año 2004 en la ciudad de Empedrado, provincia de Corrientes. Y la frecuento hasta el mes de marzo del 2005”. “...Ella le comunico que estaba encinta, cuando el señor W. D. L. había llegado recientemente de Caleta Olivia, provincia de Santa Cruz”. Es el propio demandado entonces quien admite haber conocido la existencia del embarazo porque ella se lo dijo; también reconoce que en el año 2008 fue informado que su hijo quería conocerlo, y posteriormente recibe la carta documento obrante a fs. 13 en fecha 18/09/2009 intimándolo al reconocimiento de su paternidad. Así, tuvo reiteradas oportunidades donde con su conducta pudo demostrar un accionar más responsable, ofreciendo desde el momento mismo de haberse anoticiado, la realización de la prueba de ADN. Por lo poco que las partes traen a juicio lo reprochable aquí, no es la duda, sino que no la haya disipado en tiempo propio. Por eso, aunque pretende haberse prácticamente allanado a la demanda, ello claramente no es lo que ha ocurrido. Se exige que la responsabilidad esté a la altura de los hechos; se le estaba imputando una paternidad que podía, atento las relaciones existentes con la madre, haber acontecido y aconteció. Lo cierto es que a pesar de que tomo conocimiento -no importa si lo fue verbalmente- nada hizo, siendo que al contestar demanda reconoce haber sido informado. El solo hecho de someterse voluntariamente a la prueba de ADN y el ofrecimiento de una cuota alimentaria bajo ninguna circunstancia puede asimilarse a un allanamiento. - Es cierto que no se

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

brinda mayor información acerca del niño y su madre, pero para determinar el daño nos alcanza con saber que el padre no se condujo diligentemente, menos con la responsabilidad suficiente, habiendo sido informado del embarazo de U.. Esa omisión en su accionar desde antes del nacimiento del hijo, que se prolongó durante todos estos años, hasta la sentencia, ya que a pesar del resultado positivo debió recaer resolución en autos, es lo que justifica la indemnización que él reprueba. Esa omisión “de no reconocer espontáneamente al hijo implica un acto contrario a Derecho que justifica el resarcimiento...”. (DUTTO, Ricardo J. Daños ocasionados en las cuestiones de familia. Hammurabi, Buenos Aires, 2006. Pág. 199). “Si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto jurídico voluntario unilateral, no implica que dicho reconocimiento constituya una mera facultad del progenitor, es decir, no es discrecional”. ...”. (DUTTO, Ricardo J. Daños ocasionados en las cuestiones de familia. Hammurabi, Buenos Aires, 2006. Pág. 195). Los dichos del padre entonces aparecen vacíos de contenido. En relación con el daño moral se dice que “... cuando no hay un allanamiento al contestar la demanda de filiación interpuesta y acompañamiento posterior de la constancia del reconocimiento del hijo, el hecho de no haberse realizado el reconocimiento espontáneo de la filiación extramatrimonial genera en el menor un daño moral in re ipsa loquitur, ya que el conocimiento de origen familiar no es asunto de pura curiosidad sino de formación de la personalidad del menor”. (Cámara Civ. y Com. Morón, Sala II, 21/10/97, LLBA, 200-374.) Así queda zanjada la cuestión, esa omisión le es imputable. No ha sido un buen o mal padre, tampoco interesa esta cuestión. De lo que aquí se trata es de indemnizar el daño provocado al hijo por su accionar. El reconocimiento es un deber del padre. La desidia en el reconocimiento, solo a él es imputable. El mismo es un acto jurídico familiar voluntario y unilateral dependiente pura y exclusivamente de la iniciativa del progenitor que reconoce; y no del consentimiento, aceptación y/o requerimiento previo por parte de la madre o incluso de su hijo. En autos ese reconocimiento no se cumplió voluntariamente. Y muy a pesar de ello, persiste en considerar su conducta como diligente por la mera circunstancia de ofrecer la prueba de ADN, cuando surge de autos que conociendo el resultado de esta prueba desde octubre de 2013

esperó el dictado de la sentencia, sin demostrar ningún atisbo de aceptación de lo que era ya, a esa altura más que evidente. VI.- Por este motivo solo resta precisar y analizar el quantum. En ese derrotero su queja queda circunscripta a una disconformidad económica con el monto establecido. En definitiva, el condenado en su apelación se orienta a justificar su conducta, que como hemos desgranado, resulta inadmisibles, pero poco aporta en orden a demostrar que el monto establecido es excesivo. - Ahora bien, muchas veces en esta Sala se ha insistido en no modificar la sentencia de grado en base solo a una discrepancia económica cuando ello depende del arbitrio judicial. Más esa discrecionalidad debe encontrar el límite no solo en la razonabilidad sino en la fundamentación. Y aquí entonces debo detenerme a analizar lo justipreciado principalmente en casos análogos, sin perjuicio de considerar las particularidades del caso. - En este sentido adquiere suma importancia el valor del precedente. Es que no puedo apartarme de efectuar un repaso de las causas registradas en esta Sala durante el último período. Así en los autos caratulados: “G. W. G. C/ B. N. S/ FILIACION”, Expte. N° EXP-65900/11, Sentencia N° 32 del 13/04/16 (\$100.000); “B. S. M. C/ C. H. H. S/ FILIACION DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte. N° EXP-20523/8, Sentencia N° 268 del 17/12/14 (\$100.000); “T. M. A. B. EN REPRESENTACION DE SU HIJO MENOR C/ M., R. R. S/ FILIACION”, Expte. N° EXP-14302/7, Sentencia N° 164 del 15/11/13, (\$50.000); S. A. C. HOY S. D. M. C. C/ C. R. S. S/ FILIACION”, Expte. N° EXP-64933/11, Sentencia N° 64 del 22/06/16 (\$40.000). “R. D. A. M. V. EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE SU HIJA MENOR P. R. D. C/ C. J. G. S/ FILIACION, DAÑOS Y PERJUICIOS Y ALIMENTOS”, Expte. N° SXP-2256/12, Sentencia N° 141 del 23/11/16 (\$15.000).- La actora demanda la suma de \$50.000 (pesos cincuenta mil), la que el Juzgado otorga sin más. Ese monto –como vemos- se encuentra dentro de los parámetros fijados en otros fallos análogos, pero la diferencia estriba en que se los hubo fijado para el supuesto de hijos cuya edad oscilaba entre los 22 y 30 años. Aquí L. a la fecha de la sentencia tenía tan solo 8 años de edad, y 9 años al momento de la inscripción en el registro con el apellido paterno.- A los efectos del quantum indemnizatorio deben “tenerse en consideración entre otros aspectos: a) La edad del menor y el especial impacto en la

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

adolescencia; b) El plazo transcurrido de la negativa paterna; c) La actitud del padre durante el proceso; El perjuicio psicológico que ocasiona la falta de la correcta determinación; e) la demora materna en iniciar la acción de filiación; El hecho de haber sido reconocido en las relaciones sociales como hijo del progenitor.; g) La asistencia del niño a la escuela; h) Perjuicios que están vinculados con la falta de exteriorización jurídica del presupuesto biológico; i) La situación social de las partes”. (DUTTO, Ricardo J. Daños ocasionados en las cuestiones de familia. Hammurabi, Buenos Aires, 2006. Pág. 200/201). - La actora al demandar peticiona daños y perjuicios ante la falta de reconocimiento espontáneo de su hijo, dejando claramente afirmado que el demandado conocía de su existencia. Esa circunstancia ha sido reconocida por los propios dichos de L., demostrando una actitud pasiva, que luego pretendió justificar pretextando duda, escudándose en lo discontinua y fugaz de la relación que dijo mantener con la Sra. U. - Estoy convencida que, a sabiendas, privó al niño de su emplazamiento. - En suma, en el caso particular, luego de haber analizado los agravios esgrimidos por el apelante, los mismos en manera alguna determinan la solución a la que arribo. Esto debe quedar claro, la reducción que propicio se funda pura y exclusivamente en haber efectuado un repaso minucioso y cotejar nuestros antecedentes para casos similares. Principalmente teniendo en consideración el último de ellos “R. D. A. M. V. EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE SU HIJA MENOR P. R. D. C/ C. J. G. S/ FILIACION, DAÑOS Y PERJUICIOS Y ALIMENTOS”, Expte. N° SXP2256/12, Sentencia N° 141 del 23/11/16 (\$15.000). En este la suscripta hubo propiciado una indemnización de pesos cuarenta mil (\$40.000) para un caso de similares características quedando en solitaria minoría, fijándose la indemnización de pesos quince mil (\$15.000). Por estas razones apuntadas es que atendiendo especialmente a la corta edad del niño L.; considero elevada la indemnización sentenciada en \$50.000. Así y todo, no encuentro mayores fundamentos más que para reducir en \$10.000, el monto fijado. Por lo cual, en atención a la edad del niño –reitero-, el tiempo transcurrido, los escasos datos, circunstancias personales de ambas partes, y su cotejo con los citados precedentes, es que entiendo más razonable establecer la suma de \$40.000 en concepto de daño moral.- En conclusión, en caso de compartirse el

criterio que antecede propicio la estimación parcial del recurso y la modificación del monto fijado en concepto de indemnización por daño moral, estableciéndolo en la suma de \$40.000 (Pesos Cuarenta Mil). Costas en la Alzada por su orden, atento a la forma de resolverse la cuestión. Los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada, serán del 30% de lo que se determine en primera instancia (art. 14 de la Ley 5822), quienes oportunamente deberán acreditar su condición ante la A.F.I.P. (art. 9 de la Ley 5822). Así voto. - A LA MISMA CUESTION EL DR. MIGUEL PABELLA DIJO: I- Adhiero al voto que antecede. Aunque no comparta algunas de las disvaliosas valoraciones allí expresadas; menos aún podría avalar los errados argumentos del recurso. Sostiene que la actora “jamás probó por ningún medio válido haber puesto en conocimiento del accionado su estado de gravedad”. No era necesario hacerlo ya que el propio demandado al contestar la demanda expresamente reconoció tres veces que “ella le comunicó que estaba encinta”. ¿Cómo es que puede ahora sostener que no lo sabía? Hay además aquí otra cuestión conceptual erróneamente enfocada: No se está juzgando a la persona del demandado ni podríamos, ni deberíamos hacer ninguna íntegra valoración de esa circunstancia. Es ese un muy delicado tema que no nos compete, sino que esta pura y exclusivamente reservado a Dios. Lo que aquí, únicamente, podemos y debemos analizar es la concreta conducta que pudo haberle cabido al demandado en la especie, y en las concretas circunstancias de esta causa. Reiterada e invariablemente he sostenido que la sola omisión de reconocimiento, constituye una conducta susceptible de reproche jurídico e indemnizable como tal “re ipsa loquitur” y sin que sea para ello menester acreditar además (como pretende exigirlo el recurrente) el accionar doloso en la omisión. - II- Ya en otros precedentes sostuve: “...El reconocimiento del hijo si bien es un acto voluntario no es discrecional, se corresponde con el derecho de este a un correcto (completo, veraz y oportuno) emplazamiento de su estado. Su negativa constituye un acto antijurídico, susceptible de provocar daños que, en el caso, no escapan al principio rector de la responsabilidad civil (“non laedere” arts. 1109 y conc. del Cod. Civ.) y como tal debe ser indemnizado. En la especie, el daño moral procede “re ipsa loquitur” sin que sea menester especiales probanzas de su acaecimiento...La falta de

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

reconocimiento del hijo propio engendra un hecho ilícito que hace nacer, a su vez, el derecho a obtener un resarcimiento en razón del daño moral que pueda padecer el hijo...La filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente..." (C.C.C. San Isidro, sala I, 13/10/88, en LL, 1989-E-563.) "La conducta abstencionista será objeto de reproche en tanto el padre incurre en ella intencional (dolo) o negligentemente (culpa), sustrayéndose a los deberes que nacen del acto procreacional (FRUSTAGLI, Sandra A. y KRASNOW, Adriana N...., en "Revista Derecho de Familia", 2004-I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 24 y sigtes...Por último, advertimos que por aplicación del principio alterum non laedere la prueba de la culpa no será siempre necesaria, siendo suficiente la acreditación del daño injusto para fundar la acción (ZABALA DE GONZALEZ, Matilde; Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños, Buenos Aires, Hammurabi, T. IV, 1991, pág. 81...La falta de reconocimiento puede dar origen a la reparación del daño moral y del daño material (entre otros: AZPIRI, Jorge; Daños y perjuicios en la filiación, en "Revista Derecho de Familia", N° 20, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, pp. 30 y sigtes.; MEDINA, Graciela; Responsabilidad civil por falta o nulidad del reconocimiento del hijo...; MENDEZ COSTA, María Josefa; Visión jurisprudencial de la filiación, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997; BISCARO, Beatriz; Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo, en "Derecho de Daños", Dir.: Carlos Ghersi, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 437 y sigtes....el daño moral se origina por la sola falta del reconocimiento (conf. S.C.J. Mendoza, sala 1°, 28/05/04, en JA, 2004-IV-623. Con nota de BÍSCARO, Beatriz; La falta de reconocimiento del hijo ¿Es susceptible de generar daños materiales?) ...La ausencia de reconocimiento paterno produce un daño moral en la persona del hijo, desde que la fragmentación de su emplazamiento lo afecta en el goce y ejercicio de sus derechos. ...Cuando se repara el daño moral no se incluye como rubro la falta de amor y de afecto...Siguiendo el párrafo citado precedentemente, la omisión de reconocer es reprochable jurídicamente... El hijo tiene un derecho subjetivo constitucional y supranacional a la identidad, o sea, a conocer sus orígenes biológicos, a saber, quienes son sus padres por naturaleza y, por consiguiente, a tener establecida

una filiación completa, paterna y materna, y a que se respete su dignidad. Estos derechos están implícitamente comprendidos en el art. 33 de la C. N., en los arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, y en los arts. 17, 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre (Pacto San José de Costa Rica), e integran estas normas internacionales el ordenamiento constitucional argentino (art. 75, inc. 22, C. N.). El derecho del hijo a conocer sus orígenes, a ser reconocido, a obtener un emplazamiento filiatorio y a reclamar judicialmente su filiación supone correlativamente el deber jurídico de reconocerlo del padre, de no ocultar el nexo biológico y de exteriorizarlo mediante el reconocimiento. Si lo incumple injustificadamente, incurre en un hecho ilícito, porque viola el deber jurídico de reconocer a su hijo y, por consiguiente, el deber constitucional de no dañar (art. 19 C. N.), y asume responsabilidad por los daños que ocasione a quien tenía derecho a ese reconocimiento...Que el derecho de identidad es de jerarquía constitucional. "La Convención sobre los Derechos del Niño" aprobado por ley 23.849 tiene raigambre constitucional otorgado por el art. 75 inc. 22 de la C. N. y acordándose en su art. 8 que "Los Estados partes se comprometen a respetar el Derecho del Niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares". (RSD- 421-95 S, 23\_11-95, Juez Zampini, A. G. D. F. S./ Adopción Plena, sustitución de nombre y apellido, DJBA 150, 23-ED 169, 473- LLBA 1996, 194. Mag. Votantes: Zampini- OteriñoDalmasso.) "No es indispensable que el autor del agravio moral, haya obrado con dolo para obligarlo a reparar a la víctima. Basta con que se produzca el daño. El daño moral es aquél que no tiene efecto sobre el patrimonio por lo general, pero afecta a la persona que lo sufre en sus intereses. En doctrina se acepta que exista el daño moral por la ausencia de emplazamiento, esto es, por las características y lesión que implica la carencia de filiación, apareciendo el daño moral producido por la negación u omisión del reconocimiento y establecimiento de la filiación paterna y su relación con el daño producido, no necesita prueba, al constatar que nos encontramos con un daño directo. Es la sola negativa al reconocimiento del hijo propio lo que da por acreditado el perjuicio al menor". (Nelly Minyersky, Responsabilidad por el reconocimiento del hijo extramatrimonial, Factores de atribución, Pág. 552). ..."No hace falta la prueba

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

del daño ocasionado, sino que este se presume, en tanto ha mediado una lesión a un derecho personalísimo, derivado del incumplimiento de una obligación legal, que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su propio progenitor.”(Sentencia definitiva C. I092135 U., A.M. c/ M., J.O. s/ filiación, L.L. 4-12-97)...por ello se presume el daño moral cuando ha habido una lesión a un derecho personalísimo derivado del incumplimiento de la obligación legal que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su progenitor, pues, la falta de padre provoca dolor... El reconocimiento de la paternidad constituye un deber jurídico del progenitor, y su incumplimiento, si causa daño al hijo, configura un hecho ilícito que puede generar responsabilidad por ese daño con arreglo a las normas generales que la regulan en el ámbito extracontractual (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I - 25/04/2006 - E., N. y otro c. L., A., DJ, 2006-264) ... El reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no es un acto facultativo, librado al señorío de la autonomía de una voluntad del progenitor, sino que debe conciliarse con el derecho del hijo a obtener su emplazamiento en el estado que le corresponde y la omisión de reconocerlo espontáneamente implica un acto contrario al derecho, de naturaleza ilícita, que justifica el resarcimiento cuando ha provocado daño, el cual puede ser de índole material o moral, encontrando sustento la procedencia del reclamo en el principio general de no dañar a otro, que la Constitución Nacional establece como límite concreto de las conductas privadas individuales. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Santiago del Estero - 16/06/2006 - D., D. M. c. M., M. A.; LLONA, 2006-1193) ... Se puede decir que "el daño moral surgirá generalmente in re ipsa pues el menor sin nombre sufre una verdadera lesión en sus afecciones legítimas"(KEMELMAJER, Aída, "Responsabilidad civil por la falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial", en Derecho de daños. 1ª Parte. Ed. La Roca. Buenos Aires 1991, pág. 674) ... Dicho daño se presume y no requiere prueba al haber lesionado un derecho personalísimo, derivado del incumplimiento de una obligación legal que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su progenitor, pues es obvio que la falta del padre provoca dolor, aunque éste pueda ser de distinta intensidad según las circunstancias del caso"(Suprema Corte de

Justicia de Mendoza. Autos N° 66703 "D.R.D. EN J: D.R.D. A.M.B. Filiación - Inconstitucionalidad" del 24-07- 2001. LS302, Fs. 021. (Cit en "Responsabilidad por la falta de reconocimiento voluntario" de Díaz, Rodolfo; Publicado en: LLGran Cuyo2009 (marzo), 111.-) ...". (De mi voto en autos: "BARRIOS CARMEN BEATRIZ EN REPRESENTACION DE SU HIJO MENOR C/ OSMAR BENICIO MARECO S/ FILIACION, Expte. N° C05-37324/5, SENTENCIA N° 111 del 04/12/09; "RUIZ DIAZ FRANCISCA EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE SUS HIJOS MENORES SILVIO RUIZ DIAZ Y JUAN MANUEL RUIZ DIAZ C/ SILVIO PEREYRA S/ FILIACION", Expte. N° C01-22848/5, Sentencia N° 108 del 27/11/09, entre muchos otros. - III-Finalmente reclama por un pretendido derecho a la duda respecto de su paternidad. Que ciertamente lo tiene. Pero aquí, debo compartir la apreciación acerca de que si la tenía debió haber hecho oportunamente todo lo necesario para despejar ese interrogante. Está en juego aquí nada menos que el emplazamiento filiatorio de una persona por lo que resulta inadmisibles que el demandado cómodamente se limite a decir que tenía dudas, sin hacer nada al respecto. También evaluo que el informe pericial biológico (ADN) fue agregado a autos con fecha 09/09/13 (fs. 150) y no fue impugnado por el recurrente. Con ello, entiendo que las anteriores dudas ya habían de estar para entonces convenientemente despejadas por lo que nada le impedía allanarse a la petición evitando así la posterior demora en este trámite. Por estas sumadas circunstancias, es que voy a adherir al voto que antecede. Así voto. - Con lo que se dio por finalizado el presente Acuerdo, pasado y firmado, todo por ante mí, Secretaria Autorizante, de lo que doy fe. - Firmado: Dres.: CLAUDIA KIRCHHOF-MIGUEL PACHELLA-. Ante mí, Dra. Andrea Fabiana Palomeque Albornoz - Secretaria. - Concuera con su original obrante en el Libro de Sentencias de la Sala N° 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, expido el presente en la Ciudad de Corrientes, a los cinco días del mes de abril de dos mil diecisiete. Conste. –

### **SENTENCIA**

N° 27 Corrientes, 05 de abril de 2017.

Por los fundamentos de que instruye el Acuerdo precedente; SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 164/168 y en consecuencia modificar el monto

**CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO  
MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE**

debido en concepto de indemnización por daño moral, estableciéndolo en la suma de \$40.000 (Pesos Cuarenta Mil). 2º) Costas en la Alzada por su orden, atento el modo de resolverse la cuestión. 3º) Regular los honorarios profesionales de la Dra. Mirtha Estela Cardozo (por la demandada), y de los Dres. Román Roberto Romero y Mirian Graciela Silva (en forma conjunta por la actora), en el 30% a cada parte, de lo que se determine en primera instancia (art. 14 de la Ley 5822). 4º) Insértese, regístrese y notifíquese. –

MIGUEL A. PACELLA (Juez), Dra. CLAUDIA KIRCHHOF (Juez).

**Expediente N° 61585  
(06 de octubre del 2016)  
Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA L**

**Juzg.12- “C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación**

En Buenos Aires, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado “C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación” de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Iturbide dijo:

**I. Contra la sentencia de primera instancia dictada a fs. 832/845** en la que la señora jueza a quo admitió parcialmente la demanda promovida por R.E.C., por su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad J.E.C., estableciendo la filiación del niño respecto del demandado A.C.F., condenando a este último a abonar a su hijo la suma de \$ 70.000 en concepto de daño moral, más las costas del proceso, y rechazando la pretensión articulada por R.E.C. por sí contra el demandado, consistente en el resarcimiento del daño moral a favor de aquélla, expresaron agravios los actores a fs. 856/864 y la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara – en representación de J.E.C.– a fs. 881/882, los que fueron contestados a fs. 866/875 y fs. 884/886 respectivamente. En consecuencia, las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar el pronunciamiento definitivo.

**II. En su expresión de agravios:** Los actores solicitaron que se modifique la sentencia de la instancia anterior, y en consecuencia se eleve el monto establecido en concepto de daño moral otorgado al niño J.E.C. y se admita el resarcimiento de la misma partida indemnizatoria a favor de R.E.C. A su turno, la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, al mantener en esta instancia el recurso de apelación en su carácter de representante complementaria del menor de edad, requirió asimismo la fijación de un quantum mayor para la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales que sufrió como consecuencia de la falta de reconocimiento de la filiación por parte del demandado.

**III. Aclaración preliminar:** Si bien es cierto que estas actuaciones versan sobre la filiación por naturaleza entre J.E.C. y A.C.F., relación jurídica que se rige por las normas propias del derecho de familia, una vez determinada esa filiación (solución en la que ha concluido la señora juez a quo y que,

en la medida en que no ha sido apelada, no corresponde reexaminar en esta instancia –art. 271 y concs. del Código Procesal–), las consecuencias dañosas del obrar del demandado se inscriben en el derecho de la responsabilidad civil, y la configuración y los alcances del fenómeno resarcitorio deben ponderarse de acuerdo a las normas que rigen en dicho ámbito.

Así, frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso –en este caso, la omisión del demandado de haber reconocido a su hijo biológico–. Por ello, no resulta aplicable el Código Civil y Comercial de la Nación que comenzó a regir el 1 de agosto de 2015, sino la normativa vigente a la fecha en que aquel ilícito tuvo lugar (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, p. 100, Ed. Rubinzal Culzoni; Caputto, María Carolina, “Aplicabilidad del nuevo Código ante la apelación de una sentencia anterior”, en Rev. La Ley, 30/10/1025; CSJN, 5/2/98, D.J. 1998-2-95, La Ley, 1998-C-640; fallo plenario recaído en la causa “Rey, José c/Viñedos y Bodegas Arizu S.A.”, La Ley 146-273, con nota de Nieto Blanc, “Retroactividad de la ley y daño moral”, en J.A. 13-1972-352; CNCiv., publicado en Gaceta de Paz, 29 de octubre de 2015). Ocurre que el nuevo Código Civil y Comercial es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren, y también a las consecuencias no agotadas de las relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley. Únicamente es aplicable el nuevo cuerpo legal a las relaciones o situaciones jurídicas que no se encuentren agotadas aún en cuanto a sus efectos o contenido (“no consumadas”), y siempre que tengan origen legal (por ejemplo, los intereses derivados del resarcimiento de un daño que no hubieran sido pactados por las partes) (Jalil, Julián Emil, La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, octubre de 2015, Buenos Aires, La Ley, p. 151 y ss).

Al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1737 del Código Civil y Comercial y 1067 del anterior Código Civil), aquellos que dieron origen a este proceso constituyeron, en el mismo instante en que se



produjeron, la obligación jurídica de repararlos. Es por ello que, más allá de considerar que en lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial ha de seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia, pues como recordaba Vélez en su nota al viejo artículo 4044 – luego derogado por la ley 17.711–, “el interés general de la sociedad exige que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir”, en este caso puntual, debe atenderse a aquella limitación por aplicación del principio consagrado en el artículo 7 del nuevo ordenamiento legal (cfr. CNCiv., Sala B, voto del Dr. Parrilli, en autos “Martínez, José Eduardo c/Varela, Osvaldo, Héctor y otros s/daños y perjuicios”, 6/8/2015). Siguiendo esa línea de ideas, coincido con quienes afirman que, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe las decisiones judiciales no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya porque lo consagre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 1 y 2, sino porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inciso 22. Tampoco pueden ignorarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico porque éstos se sintetizan en el mandato de “afianzar la justicia” contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana (ver voto del Dr. Parrilli en los autos ya citados). Por tales consideraciones, habré de encuadrar mi voto en esta sentencia en el marco jurídico del Código Civil de la Nación.

**IV. La indemnización del daño moral a favor del coactor J.E.C.** Como ya lo he expresado en los considerandos I y II, tanto R.E.C. como la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, en su carácter de representantes del coactor menor de edad J.E.C., han cuestionado el monto establecido en la instancia anterior para el resarcimiento del daño moral a favor de aquél, por considerarlo reducido. Como punto de partida, cabe recordar que los Dres. Matilde Zavala de González y Ramón Pizarro han precisado que así como el daño patrimonial constituye una modificación disvaliosa –“económicamente perjudicial”– del patrimonio, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en que se encontraba la víctima antes del hecho y como consecuencia de éste, del mismo modo “el daño moral es una modificación disvaliosa –anímicamente perjudicial– del espíritu...”, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba

antes del hecho, como consecuencia de éste (cfr. Zavala de González, Matilde, “El concepto de daño moral”, en JA, 1985- I-729, N° V; íd. “Resarcimiento de daños”, Hammurabi, Bs. As., 1990, t. 2, a, p. 36, parág. 8; Pizarro, Ramón D., “Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación”, en JA, 1986-II-900; íd. “Daño moral contractual”, en JA, 1086-IV-925, N° II-5; ídem, “Daño moral”, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 47 y ss., parág. 2 y 3). La jurisprudencia, a su vez, ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. CNCiv., Sala “J”, 1/6/93, “Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c/ Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro”, La Ley, 1993-E— 109 y DJ, 1994-1-141). En este caso, es indudable la configuración en cabeza del demandado del deber jurídico de indemnizar el menoscabo extrapatrimonial generado por la falta de reconocimiento de su hijo J.. Ello es así, más allá de no haber sido recurrido tras su determinación en el pronunciamiento de primera instancia, porque la conducta de C. F. constituye un acto antijurídico por cuyas consecuencias dañosas (en el caso, la lesión de un interés extrapatrimonial de su hijo) debe responder. El daño moral, fuera de alguna opinión diferente, tiene carácter resarcitorio y no punitivo. La determinación de su cuantía en dinero cumple una función de reparación compensatoria o satisfactiva y en modo alguno de equivalencia de un daño que, por su propia índole, no es susceptible de valoración económica (cfr. Pizarro, Ramón, “Daño moral”, p. 339, Ed. Hammurabi, 1996). En el presente caso, además, la indemnización debida a raíz del perjuicio causado por la falta de reconocimiento no se confunde con el deber de prestar alimentos, ni con ninguna otra derivación patrimonial del vínculo paterno-filial entre el coactor y el demandado. Ahora bien, más compleja resulta la cuestión de traducir en una determinada suma de dinero la indemnización adeudada por el daño moral. Bien se ha dicho que la cuantificación de este rubro es una de las tareas más difíciles del intérprete judicial, pues en general se carece de cánones objetivos dada la índole misma del menoscabo, que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión de aquél. Nadie puede indagar el espíritu de otra persona tan profundamente como para poder afirmar con certeza la intensidad del dolor, la magnitud de un padecimiento, la gravedad de la angustia o la

decepción (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría de la responsabilidad civil”, p. 244; Pizarro, Ramón Daniel, “La prueba del daño moral”, en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba-I, 1997; Trigo Represas, Félix A.-Lopez Mesa, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, T. 1, p. 478 y ss.). Es por ello que los magistrados deben apreciar las circunstancias del hecho lesivo a fin de establecer presuntivamente y del modo más objetivo posible el agravio moral, producido por su propia definición en la órbita reservada de la intimidad de la víctima. No ignoro que, también por definición, la reparación –en dinero– de un daño extrapatrimonial –no susceptible de apreciación pecuniaria– será siempre imperfecta: tal como lo ha expresado la más calificada doctrina, “mientras que en el daño patrimonial la valuación se averigua mediante un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa “en lugar” del perjuicio, en el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca “a su lado”. No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos)” (cfr. Zavala de González, “Cuánto por daño moral”, La Ley, 1998-E, 1057). Por tal motivo, lo más adecuado es utilizar un modelo donde aparezca una fuente que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que prevalezca y se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (Gherzi, Carlos Alberto: Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 179/181); hallar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos: remedios para la tristeza y el dolor. Es razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor Pedro: “La cuantificación del daño moral”, en Revista de Derecho de Daños n° 6: Daño Moral, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 185 y siguientes). Todo ello se ve reflejado en los principios consagrados en el art. 1741 in fine del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. A la luz de estas premisas, en el caso sometido a la consideración de esta Sala, considero especialmente relevante tener en cuenta una serie de extremos a los fines de dar un adecuado tratamiento al agravio en examen. En

primer término, debe partirse de la base de la magnitud del derecho conculcado en cabeza del menor. Y es que la filiación es una de las instituciones más relevantes en el campo del derecho de familia, en tanto determina algo fundamental como saber quiénes son –desde el plano jurídico– padres o madres de un determinado niño o niña, y, por consiguiente, cuáles son los efectos jurídicos que genera esta relación (Herrera, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 392). En efecto, el niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación –y para tenerla, debió haber sido reconocido–, toda vez que ese derecho, y el de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a la identidad individual y familiar y, subyacente a ellos y como principio fundamental, el interés superior del niño, se hallan consagrados en los arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional sobre derechos humanos que integra el bloque de constitucionalidad argentino (cfr. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El ataque a esos derechos fundamentales configura por sí, precisamente, el daño moral, sin perjuicio de la existencia de otros daños en concreto que pudieran acreditarse (AmealHernández-Ugarte, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial. Editorial Estudio, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 605). En particular, la omisión del demandado de haber reconocido a su hijo constituye un acto antijurídico en los términos del art. 1066 del Código Civil y su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia, noción que ha sido reafirmada en la actualidad por el art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación. Prestigiosa doctrina ha afirmado que “...el negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad, obliga a reparar (...) Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa (...)” (Medina, Graciela, Daños en el Derecho de Familia, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires – Santa Fe, 2002, 122). El nuevo Código que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, incluso ha dedicado un precepto específico a la cuestión, al establecer que “el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código” (art. 587). Al respecto, se ha señalado –con criterio doctrinal que comparto– que “el factor de atribución de esta responsabilidad –tratándose de daños derivados de las relaciones de familia– es la culpa, que sigue teniendo su espacio en la teoría general de

la responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial más allá de las modificaciones que se introducen y la mayor extensión y lugar que se le otorga a la responsabilidad objetiva” (Herrera, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 449). Pues bien, en este caso no puede cuestionarse bajo ningún punto de vista la configuración de la mencionada antijuridicidad en la conducta del demandado, calificada a su vez por el reproche subjetivo (culpabilidad) del que es susceptible dicho accionar. Ello es así, porque una vez notificado de los resultados del estudio de ADN obrante a fs. 578/582, que arrojó la conclusión de que “...el Sr. C.F.A. (F29737) (Padre Alegado) presenta un Índice de Paternidad Acumulado de 124.253.186,20 y una Probabilidad de Paternidad Acumulada de 99,999999 % con respecto a C.J.E. (F29736) (Titular)”, omitió reconocer la referida filiación, obligando al dictado de la sentencia de primera instancia para establecerla jurídicamente. Finalmente, tengo en cuenta la gravedad y la intensidad que razonablemente cabe presumir en relación a los menoscabos extrapatrimoniales concretos que el hecho ilícito que se debate ha generado en J.E.C.

En este sentido, comparto los fundamentos expuestos por la actora al verter su primer agravio, en el sentido de que la corta edad del niño no constituye un parámetro determinante para limitar la cuantía del resarcimiento que corresponde abonar al responsable. Y es que, durante los primeros seis años de su vida, la falta de la figura paterna da lugar, en la vida de cualquier niño, a una mengua en su identidad espiritual, que está contenida más ampliamente en su derecho a la identidad: “ser uno mismo, con sus propios caracteres y acciones, constituyendo la propia verdad de la persona” (De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1961). Se trata de un interés merecedor de tutela jurídica de ser representado en la vida del relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva (Rivera, Julio César, “Derechos personalísimos en el proyecto de reformas al Código Civil”, en Alterini, Juan Martín, Picasso, Sebastián y Wajtraub, Javier H. (coords.), *Instituciones de Derecho Privado Moderno – Problemas y propuestas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001), diligencia y buena fe que, como ya lo he dicho, no considero hayan sido satisfechas en modo alguno a raíz de la conducta antijurídica del

demandado. Por todo lo expuesto, estimo que este agravio vertido por el coactor J.E.C. y la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara debe encontrar favorable acogida. Por ello, propondré a mis colegas establecer en \$ 150.000 el quantum indemnizatorio adeudado al niño J.E.C. por el daño moral por él padecido (art. 1078, Código Civil y art. 165, Código Procesal).

**V. La indemnización del daño moral a favor de la coactora R.E.C.** Se agravio la coactora R.E.C. porque la magistrada de primera instancia no hizo lugar al resarcimiento del daño moral a su favor, por el menoscabo que alegó a raíz de la falta de reconocimiento de su hijo por el demandado C.F. El principal argumento en el que la señora juez a quo basó su sentencia consiste, en primer término, en la caracterización de R.E.C. como damnificada indirecta, y, en segundo lugar, en la aplicación del art. 1078 del Código Civil, que no reconoce legitimación activa *iure proprio* a las víctimas indirectas de un perjuicio, excepto a los herederos forzosos del damnificado directo cuando como consecuencia del hecho ilícito se hubiera producido el fallecimiento de aquél. En relación a este punto, adelanto que habré de pronunciarme por la modificación de lo resuelto en la instancia anterior. Ante todo, no ignoro cuánto se ha debatido, en doctrina y jurisprudencia, acerca de la constitucionalidad del art. 1078 – y en definitiva, la justicia de su solución material–, en tanto su redacción literal limita enormemente la prerrogativa de reclamar la reparación del perjuicio (propio) sufrido por los damnificados indirectos a raíz de un hecho ilícito extracontractual. No obstante, en este caso concreto considero inoficioso adentrarme en esta cuestión, toda vez que, si bien no desconozco la interpretación propuesta por los destacados autores citados en la sentencia de primera instancia, a mi juicio la coactora R.E.C. resulta una víctima directa del acto antijurídico dañoso que aquí se debate. Un ordenado examen de la cuestión impone, en primer término, distinguir con claridad la figura del damnificado directo y la del damnificado indirecto. Al respecto, calificada doctrina ha expresado que una primera acepción, que toma en cuenta el objeto del daño, define al damnificado directo como quien experimenta un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, “directamente en las cosas de su dominio o posesión”; mientras que damnificado indirecto sería quien lo padece “por el mal hecho a su persona, a sus derechos o a sus facultades”, pudiendo ambos tipos de detrimentos (directo e indirecto) generar daño patrimonial o moral. Esta visión resulta

coherente con la letra del art. 1068 del Código Civil (Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Buenos Aires, Hammurabi, t. 5, p. 834). Ahora bien, mayor importancia tiene en casos como el que aquí se analiza, una segunda noción de damnificado directo e indirecto, según la cual el primero resulta ser la víctima que experimenta el menoscabo en su propia persona o patrimonio (el perjuicio recae “directamente” o “inmediatamente” sobre él), mientras que el damnificado indirecto –padeciendo siempre un daño propio, pues de lo contrario, éste no sería resarcible– lo sufre de manera “indirecta”, “refleja” o “de rebote” (par ricochet, en la clásica terminología francesa). En el contexto de esta segunda serie de acepciones, es mi convicción que la madre del niño J.E.C. resulta ser damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales generados no sólo por la indiferencia del padre del menor sino por su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social de R.E.C. No puede ignorarse que el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación del hijo, obligó a la actora a asumir sola responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias –todas ellas– que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcir a R.E.C. como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta (en este sentido, ver la opinión de Gregorini Clusellas, Eduardo L., “El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento”, en La Ley, 1995-C, pp. 405/417). Esta interpretación ha sido propugnada tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil por muerte o lesión de personas, celebradas en Rosario, Santa Fe, en 1979, una de las ponencias presentadas por los doctores Brebbia, Barbero y Corbella proponía legitimar en los términos del art. 1079 del Código Civil, para reclamar daño moral, a los parientes que acreditasen haber sufrido efectivamente dicho padecimiento, aunque no hubiese muerto la víctima (Belluscio, Augusto C., “Codigo Civil y leyes complementarias”, t. V, p. 116). Y en el Code Civil de Francia, expresamente se contemplaba la legitimación de la madre extramatrimonial para exigir la reparación del daño ocasionado por el autor del embarazo (art. 340 s/ ley 72-3), previsión en armonía con la genérica responsabilidad por daños prevista en los arts. 1382 y 1383 del mismo cuerpo legal (Gregorini

Clusellas, Eduardo L., “El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento”, La Ley, 1995-C, pp. 414-415). Del mismo modo, la solución que propicio fue sostenida en el fallo de esta misma sala en los autos “M., C. S. c/ E. y L. F., C. M.” del 14 de abril de 1994, por el vocal que formuló el primer voto, doctor Polak. Si bien no ignoro que dicho parecer resultó ser el minoritario, por cuanto los doctores Giardulli y Pascual se apartaron de dicha postura al considerar a la allí damnificada como víctima indirecta del daño, y aplicaron el criterio restrictivo contenido en el art. 1078 del Código Civil en cuanto a la legitimación activa para reclamar el perjuicio moral, lo cierto es que autorizan a concluir en la solución que propongo al Acuerdo el transcurso de más de veinte años desde aquel pronunciamiento, la nueva integración de este tribunal y –en particular– los más modernos avances en materia de derecho de daños: en lo que aquí interesa, la flexibilización del criterio atinente a la legitimación activa –consagrado en la actualidad por el más amplio art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación– y un paradigma humanista, fuertemente comprometido con la reparación integral de los perjuicios injustos, principio fundamental de raigambre constitucional y supranacional por cuanto está contemplado en instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que nuestro país es parte. Por último, teniendo en cuenta la omisión del demandado de reconocer a su hijo una vez notificado del resultado del informe de ADN al que ya me referí en el considerando IV, con los perjuicios espirituales que ello causó a R.E.C. y a los que ya me he referido, considero adecuado señalar que el temperamento que propongo en mi voto se alinea con la prohibición del trato discriminatorio de la actora como mujer, vedado en nuestra Constitución Nacional que ha incorporado al ordenamiento jurídico argentino con su misma jerarquía a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 75, inc. 22). Tal como lo ha sostenido jurisprudencia de este Fuero, la cual comparto, “entre los tratados internacionales de derechos humanos la Convención ocupa un importante lugar por incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones. El espíritu de la Convención tiene su génesis en los objetivos de las Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” (CNCiv, Sala K, del voto de la Dra. Hernández en “O. E. M. y otro c/ P. A. O. s/

daños y perjuicios”, 14/06/2013, publicado en Microjuris, cita online: MJ-JU-M81556-AR). Y precisamente, dicho instrumento internacional sobre derechos humanos se orienta a eliminar “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (art. 1). Por todo ello, estimo que corresponde admitir el agravio vertido por R.E.C. y declarar procedente la indemnización del daño moral padecido por la actora; menoscabo existente y subsistente como consecuencia directa del accionar ilícito de C. F., y que se traduce en el caso en el intenso dolor que la actora deberá sobrellevar por largo tiempo. Teniendo en cuenta lo expuesto, habida cuenta de las circunstancias del caso ya mencionadas y haciendo uso de las facultades que el art. 165 del Código Procesal confiere a los magistrados, propondré al Acuerdo la cuantificación del rubro en la suma de \$ 70.000.

**VI. Intereses.** En tercer y último lugar, se agravieron los actores porque la sentencia de la instancia anterior no fijó intereses sobre el capital de condena. Al respecto, no ignoro que la acumulación de intereses a la pretensión resarcitoria articulada por R.E.C. y J.E.C. no fue solicitada expresamente en su demanda. No obstante, el art. 1069 del Código Civil establece que “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras ‘pérdidas e intereses’”. A su vez, el principio de la reparación integral permite concluir en que los intereses están implícitos en la pretensión indemnizatoria; aquél ha sido admitido de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia civilista, y encuentra recepción expresa en la actualidad en el art. 1740 del Código Civil y Comercial, titulado “reparación plena” y cuya primera redacción es categórica: “La reparación del daño debe ser plena”. En este sentido se ha enrolado prestigiosa doctrina y pronunciado abundante jurisprudencia (CNCiv, Sala B, “Sigismondí, Carlos Luis c. Dota SA Transporte Automotor y otros/ daños y perjuicios”, del 12/02/2015, y las fuentes allí citadas: “CNCiv., Sala M, 25/11/2006, “Matuk, Alicia Susana c. Transporte Automotor Riachuelo S.A. y otro”, LA LEY Online, AR/JUR/11472/2006; Wayar, E.,

“Tratado de la Mora”, pág. 550 y 572, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981; Iribarne, H..P., “De los daños a la persona”, pág. 71 y sigtes., ed. Ediar, Buenos Aires, 1995; Fassi-Yañez, “Código Procesal...”, 3° edición, t. 1, pág. 804, Buenos Aires, 1988; Morello, A.M., “Indemnización del daño contractual”. 2° edición, pág. 188, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974; Peyrano, J.W., “El reclamo implícito del rubro intereses en materia de responsabilidad aquiliana”, J.S., pág. 179 y sigtes”). Ahora bien, una vez admitida la procedencia de los intereses, corresponde establecer la fecha a partir de la cual deben correr dichos intereses. A mi juicio, cabe tomar como dies a quo el 18 de marzo de 2013, puesto que ese día el demandado fue debida y fehacientemente notificado (ver cédula de fs. 594) del resultado del informe de ADN ya referido en el considerando IV de mi voto. Como ya lo he expresado, a partir de esa fecha ninguna duda podía caber a C. F. de que el coactor J.E.C. era su hijo, y el reproche subjetivo que merece su omisión de reconocerlo es desde esa fecha irrefragable. Por ello, propondré la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (criterio que he sostenido reiteradamente como jueza de primera y segunda instancia), por compartir la doctrina plenaria de esta Cámara Civil en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A.”, del 20 de abril de 2009, desde el 18 de marzo de 2013 hasta el efectivo pago de la indemnización (cfr. art. 1748, Código Civil y Comercial de la Nación).

**VII.** Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo modificar la sentencia apelada, haciendo lugar a los agravios de los actores y de la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara y, en consecuencia: 1) Elevar a \$ 150.000 la suma adeudada por el demandado al coactor J.E.C. en concepto de daño moral. 2) Hacer lugar a la pretensión resarcitoria de R.E.C., condenando al demandado a abonarle la suma de \$ 70.000 por el mismo rubro indemnizatorio. 3) Imponer la liquidación de intereses sobre el capital de condena como se indica en el considerando VII de mi voto. 4) Imponer las costas de Alzada al demandado vencido (art. 68, primera parte del Código Procesal).

**ASÍ VOTO.** Por razones análogas a las expuestas por la Dra. Iturbide, la Dra. Pérez Pardo vota en el mismo sentido. El Dr. Liberman dijo: Voy a quedar en disidencia parcial en dos aspectos. En lo demás, adhiero al muy buen voto de la Dra. Iturbide. En

## CRITERIOS INNOVADORES PARA ESTABLECER EL DAÑO MORAL EN EL HIJO MENOR DE EDAD NO RECONOCIDO POR SU PADRE

primer lugar, no me parece corresponda conceder una suma de dinero por daño moral a favor de la madre. Hay razones formales y de fondo para que adopte esta postura. Por un lado, desde lo formal, la petición indemnizatoria aparece como un mero apéndice en el escrito inicial (inicialmente se hace una simple reserva), en la parte del petitorio. Y si bien los jueces dicen el Derecho, cuanto menos es exigible que la pretensión sea mínimamente fundada no sólo en hechos sino en el derecho. Y para mí, no alcanza con invocar el art. 1078 del C. Civil ley 340. Y tan era una mera “reserva” que recién cuatro años después de promover el juicio, en junio de 2014 (fs. 659) la actora presenta un escrito en el que leo “\*A+tento la reserva efectuada por la actora y su representado en cuanto a reclamar el daño moral (...) viene a manifestar las razones de hecho y derecho...” y a “cuantificar las sumas correspondientes”. En esa larga exposición, extemporánea, tampoco se pidió carga de intereses.

Referente a lo sustancial: la señora, como bien ha explicado la juez de grado, es una damnificada indirecta. El único legitimado para reclamar por filiación es el hijo. De modo que nada tiene que ver el art. 1078 entonces vigente porque la amplia interpretación que se había hecho en los últimos años tenía que ver con los “grandes daños” sufridos por la víctima, ahora tipificados como “gran discapacidad” del damnificado directo (art. 1741 CCyC). No comparto entonces que la actora sea una damnificada directa y que, por tanto, esté legitimada para reclamar daño moral por la falta de reconocimiento de su hijo. En lo que hace a los intereses, participo del mayoritario criterio doctrinal y jurisprudencial que exige una petición concreta (y en tiempo oportuno) de que al capital se sumen los accesorios legales. Reitero: ni siquiera se habló de intereses en el extemporáneo pedido de condena por daño moral. Me parece que los cuatro renglones de fs. 863 vta., que darían a entender que la juez se olvidó de los intereses, y que se fijen “como es de estilo”, a más de petición extemporánea, no es crítica concreta ni razonada de la sentencia. Con lo que terminó el acto. Gabriela Alejandra Iturbide - Marcela Pérez Pardo - Víctor Fernando Liberman ///nos Aires, 26 de octubre de 2016 **Y VISTOS:** lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: modificar la sentencia apelada, haciendo lugar a los agravios de los actores y de la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara y, en consecuencia: 1) Elevar

a \$ 150.000 la suma adeudada por el demandado al coactor J.E.C. en concepto de daño moral. 2) Hacer lugar a la pretensión resarcitoria de R.E.C., condenando al demandado a abonarle la suma de \$ 70.000 por el mismo rubro indemnizatorio. 3) Imponer la liquidación de intereses sobre el capital de condena como se indica en el considerando VII del voto de la Dra. Iturbide. 4) Imponer las costas de Alzada al demandado vencido. Difiérase el pronunciamiento respecto de los honorarios y los correspondientes a la Alzada hasta tanto la señora jueza a quo fije los de la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

**Firmado: Gabriela Alejandra Iturbide,  
Marcela Pérez Pardo y,  
Víctor Fernando.**