
REPARACIÓN CIVIL POR LOS DAÑOS DERIVADOS Y EMERGENTES ANTE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

REPARATIONS FOR DAMAGES EMERGING AND DERIVED FROM NOT RECOGNIZING A CHILD BORN OUT OF WEDLOCK

Lialka Nataly Meza Soto¹

Resumen

Ante la infracción de deberes paterno-filiales, merece especial atención la del hijo concebido fruto de una relación extramatrimonial que sufre el desdén de no ser reconocido voluntariamente por su progenitor, hasta que su filiación sea declarada judicialmente. Por consiguiente, ante la concreta violación del derecho a la identidad personal, a conocer los propios orígenes biológicos y a gozar del concordante estado jurídico familiar de hijo, examinamos y determinamos sobre el sustento de la doctrina y jurisprudencia extranjera los daños derivados y resarcibles por no haber mediado el reconocimiento voluntario, constituyendo el hecho generador de responsabilidad la falta de reconocimiento imputable a título de dolo o culpa.

Palabras claves: Filiación extramatrimonial, paternidad, reconocimiento voluntario, derecho a la identidad personal, estado de familia, estado de hijo, responsabilidad civil en el derecho de familia, resarcimiento del daño.

Abstract

Regarding the violation of parental duties, one that deserves special attention is that of children born from extramarital affairs since they suffer from the disdain of not being recognized voluntarily by their parents, until their parentage is declared legally. Therefore, considering the real violation of the right to personal identity, the right to know one's own biological origins, and the right to enjoy the appropriate legal familial situation as a child, this paper examines and determines the repairable damages caused by such denial of voluntary recognition based on the scholars and foreign jurisprudence. In this context, the denial of parent-child relationship, whether due to gross or ordinary negligence, is the grounds for such damages.

Keywords: *Extramarital Parentage, Paternity, Voluntary Recognition, Right to Personal Identity, Family Status, Child Status, Civil Liability in Family Law, Damages.*

¹ Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, candidata a Magister en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón – UNIFE.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analizamos la responsabilidad resarcitoria ante la falta de reconocimiento paterno de los hijos extramatrimoniales, cuando dicha falta de reconocimiento proviene de una conducta imputable al progenitor, todo ello a razón de que en nuestra legislación no existen leyes que impongan responsabilidad por los daños en las relaciones familiares, negando la posibilidad de reclamar por los daños emergentes de las relaciones en la familia, específicamente las relaciones paterno-filiales, dado que en la actualidad existen cifras alarmantes de niños que no cuentan con la figura paterna, ni con el apellido de éste, menos aún con protección jurídica al no ser reconocidos por sus padres. Es así que previamente abordaremos el fundamento constitucional del derecho a la identidad, a conocer los orígenes biológicos y el emplazamiento filial; introduciéndonos al ámbito de la Responsabilidad Civil en el Derecho de familia, específicamente la responsabilidad paterna derivada de la ausencia de reconocimiento voluntario (*antijuridicidad, imputabilidad o factor de atribución, daño, causalidad*). Incidimos en el fundamento constitucional del hecho generador de responsabilidad por falta de reconocimiento voluntario. Finalmente, sobre el sustento de la doctrina y la jurisprudencia comparada analizamos los daños resarcibles en virtud a la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil.

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD, CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y AL EMPLAZAMIENTO EN EL VÍNCULO PATERNO FILIAL

En América Latina, se consagra la supremacía del interés del hijo, el interés del menor, respecto de la conveniencia o del interés de los progenitores y demás miembros de su familia.

En la legislación peruana, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado prevé que toda persona tiene derecho a la vida, a **su identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; y en artículo 4 está indicado la obligación del Estado de proteger **especialmente al niño**, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Entonces esta protección debe ser interpretada a la luz de los principios jurídicos que inspiran la protección especial garantista la cual nos obliga a resguardar el **Interés Superior del Niño**, también tenemos que el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes en su artículo II hace alusión del niño como sujeto de derechos en el artículo II y el artículo V enuncia que además de los derechos inherentes a la persona humana el Niño y el Adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con

su proceso de desarrollo. En lo que respecta al artículo 6 del Código de los Niños y Adolescente, se refiere a la identidad establece algunos componentes del Derecho a la identidad en los siguientes términos: nombre, nacionalidad, conocer a sus padres y llevar sus apellidos, es decir que dicho Código sólo hace alusión a la identidad estática. En tanto que el artículo 1 del Código Civil prevé que la persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento. Por su parte, respecto a los derechos de los niños, el artículo 1 de la “Convención sobre los Derechos del Niño” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 04 de agosto de 1990 y ratificada el 14 de agosto del mismo año, ha previsto que para efectos de la Convención, se entiende por niño, todo ser humano menor de dieciocho años de edad; y por lo tanto según sus artículos 7.1 y 8.1, el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, **a conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos, comprometiéndose los Estado parte a respetar el derecho del niño a **preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.

Los fundamentos 21, 22 y 23 de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, en el EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC – Lima, con fecha 20 de abril de 2006; resulta ilustrativo el tratamiento del derecho a la identidad; así a la letra se indica: “(..)21. Este Tribunal considera que de entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.); 22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos; 23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando

a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas (...)².

En este mismo sentido, en lo concerniente al derecho a la identidad y la protección del menor en los fundamentos 10 al 13, la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 04509-2011-PA/TC, con fecha 11 de julio de 2012, precisa: “(...) **10.** Particularmente especial, por lo que respecta a los casos en que se efectúa un reconocimiento judicial de paternidad es el nombre, pues es en función del mismo que la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico; **11.** No menos importante que el derecho a la identidad es, a su vez, el principio del interés superior del niño y el adolescente. Este principio, reconocido primigeniamente en la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1959, estableció en el artículo 2 (...); **12.** El mismo criterio quedó reiterado y desarrollado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que en su momento dispuso (...); **13.** En el plano interno y en una línea muy semejante a la supranacional resulta de particular relevancia lo dispuesto en el artículo 4º de nuestra Constitución Política de 1993 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (...)”

En consonancia, nos ha recordado la Corte Suprema que: “**el derecho a la identidad**, debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en ese sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en su dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y estado civil) y el dinámico es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculantes entre sí, de carácter espiritual, psicológico

² Los fundamentos 21, 22 y 23 de la sentencia recaída en el EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC – Lima fecha 20 de abril de 2006.

*o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto. El conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; por tal razón la protección del derecho a la identidad consagrado en la Constitución Política del Estado no puede reducirse únicamente a la preservación de los datos de identidad de la persona humana, sino que esencialmente deberá extenderse al aspecto dinámico del derecho a la identidad (...).*³

A mayor abundamiento, resulta ilustrativo el considerando octavo de la Consulta N° 4895 -2012 Arequipa, en el que se ha señalado: *“el derecho que tiene todo niño a conocer a quiénes son sus padres y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la personal, derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible erga omnes, por lo tanto que no admite límites de ninguna naturaleza sean éstos temporales o materiales”*.⁴

2.1 Emplazamiento del estado del hijo extramatrimonial y la omisión del reconocimiento voluntario.

Méndez, M (1986, p. 213)⁵, define el reconocimiento como: *“(..) un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otro es hijo suyo”*. Por lo tanto, es un mecanismo para determinar la filiación de los hijos extramatrimoniales.

En esta misma línea de razonamiento Albaladejo, (2006, p 221)⁶, afirma que, no cabe duda de que el padre o la madre están, en principio obligados a reconocer a su hijo. *“El reconocimiento, es un acto libre y voluntario en el sentido de que sólo lo hace quien quiere, aunque, si lo omite, pueda declararse judicialmente la filiación, como otros tantos casos en que, no cumplido voluntariamente un deber, se impone”*. Asimismo, determina doce características del reconocimiento las cuales son: es un acto voluntario, expreso, personalísimo, unilateral, independiente, individual, irrevocable, puro, sin posible contraprestación, solemne, declarativo y retroactivo.

³ Considerando octavo, de la Sentencia Corte Suprema de Justicia, recaída en el Exp. 002688-2008, de fecha 13 de noviembre de 2008 - Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

⁴ Consulta N° 4895 -2012 Arequipa, de fecha 16 de agosto de 2012 - Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, considerando séptimo.

⁵ Méndez Costa, María Josefa (1986). *La Filiación*. 1ra edición. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, p 213

⁶ Albaladejo, M (2006) *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*. Madrid: Edisofer, p 221.

Por su parte, Lasarte (2006, p 328)⁷, precisa que, es claro que, el reconocimiento supone sencillamente un acto jurídico del reconocedor, cuyos efectos jurídicos los determina y concreta la propia ley sin que el reconocedor, por tanto, tenga facultad alguna para establecer el alcance de su propia declaración de voluntad. No hay pues, base negocial alguna en el reconocimiento y ni siquiera los entendidos defensores del negocio jurídico como concepto abstracto dejan de reconocer en la actualidad que el reconocimiento es un acto propiamente dicho.

En su obra *La Familia en el Código Civil Peruano* (2008, p 264), Aguilar, describe que: *“El hijo matrimonial tiene identificada a su madre, y con respecto a su padre, juega la presunción peter is est quem nuptiae demonstrant, que significa tener como padre al marido de la mujer que lo alumbró. Pues bien, ello no sucede respecto del hijo extramatrimonial, quien puede tener identificada a su madre, por el hecho del parto, pero respecto del padre no juega presunción alguna, pues la ley no ampara relaciones extramatrimoniales. Entonces, establecer la relación paterno filial va implicar, por un lado un acto libre y voluntario de reconocer por parte del padre esta condición respecto de su hijo, y si ello no fuera así, será menester una acción judicial de emplazamiento para que el órgano jurisdiccional declare esta relación paterno filial. Por lo tanto el reconocimiento o la sentencia de paternidad son los únicos medios de prueba de esta filiación”*. Igualmente, define que, el reconocimiento, es un acto jurídico libre y voluntario por el que una persona manifiesta su paternidad o su maternidad extramatrimonial respecto de otra.

Al reconocimiento, en el Código Civil peruano, expresamente se le atribuye los caracteres de formal (artículo 390), facultativo (artículo 388), individual (artículo 392), puro e irrevocable (artículo 395). Los demás caracteres están de forma implícita en la Ley nacional.

De conformidad con los artículos 390 y 391 el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales se hará constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

Cabe precisar, que en el Perú rigen dos tipos de reconocimiento: **1)** el reconocimiento libre y voluntario y **2)** el reconocimiento forzado o declaración judicial de filiación extramatrimonial; el reconocimiento voluntario se rige

⁷ Lasarte, C (2006) *Principios de Derecho Civil, Derecho de Familia*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A. p 328.

por el artículo 21 del Código Civil⁸; en lo que respecta al reconocimiento forzado, la Ley 28457, nos sitúa frente a otro tipo de proceso en relación al proceso de conocimiento del artículo 402 del Código Civil. Estamos hablando de la declaración judicial de paternidad, precisando que hay dos vías para el reconocimiento forzado: **a) Proceso de conocimiento**, referido a las causales del artículo 402 del Código Civil, en la que están establecidas taxativamente cuándo procede que iniciemos un proceso para que se declare judicialmente al presunto padre, teniendo en cuenta que en este proceso se consideran las pruebas documentales y también periciales y quién afirma tiene que probar los hechos; **b) El proceso derivado de la Ley 28457**, se establece ante un Juzgado de Paz Letrado y quien alega tiene que probar y actuar solamente la prueba de ADN, en este hay inversión de la carga de la prueba, en la medida que será el demandado quien estará obligado a demostrar que no es el padre a través de la prueba de ADN.

2.2 Efectos del reconocimiento no gozados por hijo ante la omisión del reconocimiento voluntario

Por el reconocimiento, queda establecida la relación paterno filial, o materno filial, por lo que respecto al hijo, éste tendrá todos los derechos que la ley le reconoce como tal: alimentos, educación, herencia, nombre y demás. Con respecto a los padres, se aplicarán las normas sobre la patria potestad, alimentos, herencia, consentimiento nupcial, si fuera el caso, igual con respecto a la tutela, la curatela y demás. Por ende, la investigación de paternidad no se configura como un derecho destinado a descubrir solamente quién es el auténtico progenitor sino con la finalidad de obligar a otorgar al hijo la protección debida.

Desde el marco de la responsabilidad civil, por falta de reconocimiento en la filiación no matrimonial, podemos afirmar que la indemnización va venir exigida al progenitor (atendiendo al elemento genético exclusivamente) que debido haber sido padre del hijo engendrado por él no lo ha reconocido

⁸ "Artículo 21.- Inscripción del nacimiento

Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos." (*)

(*) De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 28720, publicada el 25 abril 2006, el progenitor que de mala fe imputara la paternidad o maternidad de su hijo a persona distinta con la que hubiera tenido el hijo, será pasible de las responsabilidades y sanciones civiles y penales que correspondan."

(*) De conformidad con el Artículo 3 de la Ley N° 28720, publicada el 25 abril 2006, el presunto progenitor que se considere afectado por la consignación de su nombre en la partida de nacimiento de un niño que no ha reconocido, puede iniciar un proceso de usurpación de nombre, de conformidad a lo establecido en el artículo 28 del Código Civil, y de acuerdo a la vía del proceso sumarísimo".

y tampoco ha ejercido su rol de padre, pudiendo hacerlo en el sentido de resultar imputable.

En nuestra legislación las exiguas normas que sancionan la omisión del reconocimiento, son: los artículos 436 inc.1 y 463 inc.3 del Código Civil. El primero impide, ante la falta de emplazamiento, al padre remiso, gozar del usufructo de los bienes de los hijos menores, mientras que el segundo declara indigno de suceder al hijo, al padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menoría de edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.

III. RESPONSABILIDAD PATERNA DERIVADA DE LA AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

Los principios generales que regulan la responsabilidad civil extienden su aplicación a distintas ramas del derecho, dentro de las cuales se encuentra el Derecho de Familia.

Para Fernández, C (1985, p 54), el daño a la persona “... en su más honda acepción, es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir se trata de un proyecto de tal magnitud, que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intrasferible vocación”.

Por su parte Mosset, J (1992, p 9), señala que el daño a la persona es un fin y no como un medio. En consecuencia, dentro del mismo queda comprendido todo detrimento: físico, psíquico, somático y estético; individual, familiar y social; relativos a la vida de relación, de afectos, de intimidad, de proyección.

En Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo, (1989, p. 533), Makianich y Gutiérrez, sostienen que: “Existe un deber impuesto al progenitor de exteriorizarse jurídicamente como padre en la filiación por naturaleza”. Esto significa que quien procrea (engendra o concibe) asume responsabilidades frente al nuevo ser que, entre otras exigencias, conlleva primariamente el deber de preservar o revelar su realidad biológica y de reconocer o establecer su filiación jurídica.

Bajo estas premisas, cabe señalar que en: Responsabilidad Civil por Omisión de Reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial (Olórtogui, 2010, p. 94-95), señala que: “(..) a) La responsabilidad civil derivada de relaciones familiares se ubica dentro de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, puesto que se origina por el incumplimiento de un deber legal (alterum

non laedere) y no en virtud de un contrato, b) El factor de atribución es la culpa o dolo, c) La vulneración de los deberes y derechos de naturaleza familiar dan origen a daños patrimoniales y/o morales (...)".

En los supuestos de responsabilidad por acto propio, para que surja la obligación de resarcir, se requiere, en primer lugar, la existencia de una acción u omisión voluntaria e imputable al agente. Ello implica el estudio de dos elementos: quién es el sujeto responsable y qué conducta debe haberse realizado para que esta obligación surja. El sujeto responsable será aquél progenitor que no ha querido reconocer al hijo voluntariamente, siendo en el caso de análisis el padre. El comportamiento dañoso consistirá, principalmente en la omisión del reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial una vez determinada esta mediante sentencia firme.

El alcance del daño moral que se indemniza en este tipo de situaciones, es relativamente reciente en diversas jurisprudencias. Comenzó con el fallo de la titular del Juzgado Civil y Comercial N° 9 de San Isidro, Dra. Delma Cabrera, en el caso "E., N. c/ G., F. C. N." del 29/03/1988 (pub. en E.D. 128.330, con comentario de Bidart Campos), confirmado por la Exma. Cámara de San Isidro, Sala 1, el 13/10/88 (L.L. 1999-E-562, comentado por María Josefa Méndez Costa); siguió con el fallo de la C.N.Civ., Sala F, del 19/10/89 (L.L. 1990-A-1, con comentario de Eduardo Zannoni). Esta Sala lo admitió en la causa n° 103.177 del 10/02/98, y posteriormente la Suprema Corte provincial en Ac. 59.680 del 28/04/98 (E.D. 181-225) y Ac. 64.506 del 10/11/98 (D.J.J., año LVIII, T° 156, n° 12.734). También la Sala H de la C.N.Civ. en fallo dictado el 30/03/99 (L.L., Doct. Judicial, Año XV n° 44, 3/11/99), y varios otros tribunales (C.C.y C. San Is., Sala 2, en causa 61.652 del 1/03/94), pudiendo decirse que hoy es unánimemente aceptado en la medida que se entiende que se configuran todos los elementos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, daño, causalidad y factor de atribución)⁹.

El Dr. Gustavo Bossert en el fallo de la Sala F de la C.N.Civ.¹⁰, arriba citado, sostuvo que consistía en el daño que pudo haber sufrido en los años de vida con filiación paterna no reconocida, por haber sufrido por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerada, en el ámbito de las relaciones humanas, hija de su progenitor. Aclaró el distinguido magistrado: *"No se trata, en cambio, del resarcimiento por las carencias afectivas que pudo hallar, en estos años, frente a su progenitor, ya que ello pertenece al aspecto espiritual de*

⁹ Fallo de los señores jueces de Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Exp. n° 108.785, de fecha 20 de setiembre de 2004 "*H., E. N. C/ N., H. V. s/ FILIACIÓN EXTRAPATRIMONIAL – DAÑO MORAL*"

¹⁰ Fallo de la C.N.Civ., Sala F, del 19/10/89 (L.L. 1990-A-1, con comentario de Eduardo Zannoni)

las relaciones de familia, sobre el cual el derecho no actúa, salvo que trasciendan en determinadas conductas..., pero lo que aquí se debe resarcir, específicamente, es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de hijo, por no haber mediado reconocimiento voluntario. Adviértase que de no precisarse así la cuestión, el hijo reconocido y que incluso convive con sus padres, podría demandar indemnización a estos por ausencia de muestras de afecto y apoyo espiritual, y también un cónyuge demandar al otro por la misma causa sin demandar separación o divorcio, todo lo cual implica confundir, en el ámbito de la familia, el plano espiritual con el de las conductas – que expresan, por cierto, desvinculación afectiva – que el derecho prevé y para el que establece expresas consecuencias”.

En comentario laudatorio, expresó el Dr. Zannoni que el desamor, la carencia afectiva, la falta de apoyo espiritual, no eran indemnizables, ya que se trataba de estados del espíritu, que no trascendían en categorías jurídicas en tanto no tradujeran incumplimientos de deberes cuya satisfacción permitiera calificar la conducta exterior del sujeto (incumplimiento de deberes de asistencia familiar, malos tratamientos, abandono del hijo, poner en peligro su seguridad, la salud física o psíquica, etc.). *“Es que el derecho, integrado por normas que son preceptos de conducta exterior, sancionada coactivamente, no responsabiliza en razón de estados del espíritu. Reconocer a un hijo – de esto se trata en el caso – implica un deber jurídico sin que al derecho le interese el amor que el progenitor reconociente siente por él. Si cumple el deber jurídico y lo hace por la sola sumisión al deber, sin amor, cumple con él y nada puede (en lo jurídico, obviamente) reprochársele”.* Finalmente, Dr. Zannoni concluye su comentario precisando que: *“No está demás señalar que, sin embargo, a la hora de cuantificar el contenido del daño moral derivado del no reconocimiento espontáneo, podrán tenerse en cuenta las concretas repercusiones que la conducta omisiva ha provocado a los fines de cuantificar el monto del resarcimiento, pero esto, claro está, en función de los presupuestos de la responsabilidad y no como censura a modos de sentir, que son incoercibles”¹¹*

Por consiguiente, para determinar la Responsabilidad paterna ante la falta de reconocimiento voluntario, debemos analizar si concurren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual y subjetiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil: antijuridicidad, factor de atribución, nexo de causalidad y daño, siendo el principio rector lo dispuesto por el artículo 1969 del Código Civil; no obstante ello, no debemos olvidar las apreciaciones de los precitados juristas que reflejan la preocupación existente

¹¹ Revista de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro N° 15 (2004) “Sentencia sobre filiación extramatrimonial”, San Isidro - Argentina: Imprenta del Colegio de Abogados de San Isidro. Disponible en Internet http://www.magistradossisidro.org.ar/publicaciones/13_revista15.pdf, consultado el 22 de agosto de 2016.

entre importantes sectores de la doctrina acerca del error de que se pretenda trasladar mecánicamente los presupuestos genéricos de la responsabilidad civil al ámbito de las relaciones de familia, lo que podría acarrear peligrosas o nefastas consecuencias.

IV. DAÑOS RESARCIBLES AL HIJO NO RECONOCIDO VOLUNTARIAMENTE

La viabilidad de una acción indemnizatoria ante la negativa culpable del progenitor a asumir su paternidad no tendría probabilidad de prosperar si el hijo no hubiera sufrido un perjuicio por ello, demostrable ante los tribunales. La indemnización del daño moral por falta (o negativa) de reconocimiento voluntario se vincula en gran medida con la protección de los derechos fundamentales y que la lesión en sí a un derecho o interés no es directamente indemnizable sino existe un daño derivado de ello.

En la Revista del Derecho de Daños N° 6. Daño Moral. *“Daño extrapatrimonial en el Derecho de familia y el proyecto de código civil unificado de 1998”* (MEDINA, p. 91), sostiene que: *“...lo que se debe resarcir específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia, falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial, como lo es el derecho a la identidad y especialmente el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar, puede producir daño moral o daño patrimonial...”*.

Igualmente sustenta que: *“ (...) El daño moral deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho de la identidad específicamente configurado por la falta de derecho de uso al nombre, y por la falta de ubicación en una familia determinada. El daño material está dado por las carencias materiales que produjo la falta de padre. Estas pueden o no producirse, se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre económicamente poderoso que de haberlo reconocido le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado padecimientos materiales (...)...”*.

Al hilo de lo sustentado anteriormente, en *“Derecho civil. Derecho de familia”* (Zannoni, 1998, p. 397) sostiene que: *“... el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y, consiguientemente, es siempre un interés humano...”*. Por consiguiente, el hijo ante la falta antijurídica de reconocimiento, opone un interés extrapatrimonial, por el solo hecho del no reconocimiento prolongado en el tiempo que afecta sus derechos personalísimos; y un interés patrimonial consistente en la imposibilidad de contar con una cuota

alimentaria pertinente (verdadero derecho subjetivo); todo ello tienen un origen de acuerdo a las normas relativas a la patria potestad (artículos 418 a 471 del Código Civil).

Es así que, el derecho a tener una identidad acorde a la realidad biológica (interés extrapatrimonial), como el derecho a contar desde el nacimiento con alimentación, vivienda, vestimenta, educación, asistencia médica, etc, conforme a la condición social y económica de los progenitores que el estado filial implica (interés patrimonial o de apreciación pecunaria), son ambos, verdaderos derechos subjetivos que gozan de una auténtica y acabada tutela jurídica. No cabe duda, que el menor no reconocido tiene un legítimo interés jurídico por alcanzar reconocimiento judicial de estos derechos.

4.1 El daño moral generador de responsabilidad civil en la jurisprudencia comparada.

Quien lo alega debe siempre probar su existencia y sin esta prueba no podrá acordarse la indemnización. Para probar el daño moral por falta de reconocimiento no existen obstáculos probatorios siendo admisible todos los medios de prueba permitidos legalmente¹².

En la **jurisprudencia española**, se entiende que el hecho de que se trate de enjuiciar la posible lesión de intereses protegidos constitucionalmente no puede derivar en la creencia de que se tenga el daño probado, a diferencia de lo que se entiende en el Derecho argentino, en el que la opinión mayoritaria –respaldada por el criterio de los tribunales- considera que, mientras que los daños patrimoniales deben probarse, el daño moral no, comprendiendo éste último tanto el sufrido por el hijo extramatrimonial como por la madre ante la falta de reconocimiento paterno. Ello es así, en cuanto se considera que el perjuicio moral sufrido por el hijo se ha de presumir, siendo esta presunción de carácter *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario.

En el caso particular de **Italia**, Bustos (2012, p. 152-156), precisa que la Corte de Casación en la trascendente sentencia de 07 de junio de 2000 había determinado que cuando se produce una lesión de los derechos fundamentales de la persona, en particular los inherentes a la cualidad de hijo y de menor, el daño no patrimonial derivado de dicha lesión debía indemnizarse sin necesidad de aportar ninguna prueba por tratarse de una *lesiones in se* a un interés jurídico constitucionalmente protegido, conforme

¹² Como sintetiza Roca Trías, E./Navarro Michel M.: *El daño en cuanto a las doctrinas jurisprudenciales*, cabe citar STS 21-2-2003, 2134 Y SAP Cádiz 3-4-2008, JUR 2008, 234675.

al artículo 2043 *Codice civile* y el artículo 2 de la *Costituzione*. Acertadamente, también el mismo tribunal ha cambiado de criterio a partir del 2003¹³ – Superando la construcción de la reparación del daño no patrimonial como **daño in re ipsa**- en el sentido de exigir actualmente la necesidad de la prueba en aras de la indemnización del daño moral.

4.2 Casuística jurisprudencial argentina sobre el daño moral reclamado por el hijo extramatrimonial.

1) Cciv. y Com. 2^a. La Plata, Sala 1, 16-3-1995, “P., M. c/ A., E. s/ Filiación indemnización daños y perjuicios

La negativa del progenitor a reconocer a su hijo extramatrimonial, genera para éste un daño moral indemnizable, que surge de la naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad, y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde, con todos sus efectos propios. Los padres no pueden eludir el deber legal de emplazar a sus hijos en el estado de familia que les corresponda; si omiten tal deber, cargan las consecuencias propias que el orden jurídico vigente determina (arts. 19 Const. Nac.; 246, 247, 249, 254, 910 Cód. Civil).

2) Cciv. y Com. San Martín, Sala 2, 18-2-99, “G., H. P. c/R., C.A.”, en Rev. LLBA n° 3, año 2000, p. 374.

Para intentar apreciar la dimensión e intensidad del daño moral causado a la hija –hoy con casi veinte años –, por la injusta y abusiva actitud del padre prolongada en el tiempo, desconociendo intempestiva y contradictoriamente una filiación que nunca había negado ni puesto en duda, decisión concretada cuando su hija entraba en la preadolescencia, es legítimo presumir (conf. SCBA, Ac. 59.834 DEL 12/5/98), que esto puso en crisis –ante sí y en la comunidad de pertenencia- no sólo su estado de familia por la negación del vínculo paterno filiar sino aún la misma identidad de la damnificada, atributos ambos de su personalidad; también su integridad psíquica y moral. La conducta del demandado ha sido y es antijurídica, en tanto ha causado agravio a esos bienes extrapatrimoniales de la reclamante, la que debe ser resarcida razonablemente (arts. 1071, 1109, 1078 del Cód. Civil).

¹³ Cass. 31-5-2003, n 8827 y Cass. 31-5-2003, n 8828 (en Danno e resp, pp. 816 y ss) y Cass. Sezioni Unite 24-3-2006, n. 6572.)

3) Cciv. y Com. San Isidro, Sala 2, 1-3-1994, “Ausfet Miscione, María Florencia c/ Ausfet, Héctor Eugenio s/ Daños y perjuicios”

Causa daño moral la falta de reconocimiento cuando tal situación es consecuencia de la conducta del progenitor, a poco que se adviertan algunas consecuencias de la omisión, que se proyectan en la esfera de los derechos subjetivos (carencia de acción alimentaria, exclusión del orden sucesorio y del uso del apellido paterno, falta de la protección estructurada, en general, alrededor de la patria potestad, etc.), como asimismo en la vida social (habiéndose juzgado que la circunstancia de quedar el menor obligado al uso exclusivamente del apellido materno, constituye notoriamente y dentro de los cánones de nuestra sociedad un “sello” de “ilegitimidad” de origen como estigma que conlleva un tono de minusvalía social más o menos acentuado según cada caso.

4) Cciv. y Com. Junín, 12-2-2000, “Felices Miriam Graciela c/ Cases Pablo Alberto s/ Filiación”

La falta de reconocimiento por parte del padre habiendo tenido conocimiento de su paternidad constituye un conducta antijurídica.- El negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil obliga a reparar.- La responsabilidad del padre no reconociente debe ser atribuida a título de dolo o culpa, ya que no se trata de una responsabilidad de carácter objetivo sino subjetivo. Por lo tanto la mera falta de reconocimiento no genera sin más responsabilidad sino que ésta debe ser imputable a título de dolo o culpa.-

5) Cciv. y Com. 1ª., Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, “A., S. G. c/ R., F. J. s/ Reconocimiento de filiación Daños y perjuicios”

La acción de resarcimiento por daño moral por falta de reconocimiento de paternidad extramatrimonial, puede iniciarse simultáneamente o con posterioridad (sin perjuicio del plazo de prescripción aplicable) a la acción de reclamación de estado. No obsta a ello que la reparación de los daños por la falta de reconocimiento de la filiación dependa de que se determine la invocada paternidad, ya que la acción para reclamar por tales daños es susceptible de ser iniciada desde el momento en que se causaron los daños en cuestión, ocasión en la que pudo accionarse demandando tanto la reparación de los daños, como el reconocimiento judicial de filiación o ambas cosas a la vez.

6) **Cciv. y Com. San Isidro, Sala 1, 11-11-1997, “P., L. c/ M. R. s/ Acción de filiación: Revista La Ley, p. 747/60**

Debe tenerse por acreditado el perjuicio por la sola comisión del hecho antijurídico, desde que se trata de una prueba in re ipsa que surge de los hechos mismos. Si así no fuera, no haría falta mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio y notorio: el transitar por la vida sin más apellido que el materno, sin poder alegar la paternidad, lo que causa en cualquier persona un daño psíquico marcado; máxime cuando la menor accionante se encuentra en una etapa de su vida caracterizada por la extremada susceptibilidad, la necesidad del reconocimiento y afecto, el cuestionamiento de la propia personalidad en inseguridad en todos los campos, a punto de sentir desprotección, desvalimiento cuando no es real y tanto más cuanto si hay razón para sentirlo.

7) **B., P. D. c/S., H. D. s/filiación - Cám. Civ. y Com. Mercedes – Sala I - 17/04/2012 (Argentina)**

Debe juzgarse como extraña la actitud del demandado en el proceso de filiación al manifestar dudas acerca de su paternidad y supeditar el reconocimiento a la prueba biológica, luego de haberle dado trato de hija espontáneamente si de la prueba puede desprenderse la falta de dudas sobre que el accionado sabía que la actora era su hija desde el nacimiento mismo (**Daños y perjuicios. Filiación. Falta de reconocimiento. Prueba del daño**).

A través del reconocimiento de una partida por daño moral se indemnizan 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 como hijo de padre conocido, como asimismo aquello que es consecuencia directa de la conducta omisiva, quedando fuera de su comprensión el desamor o carencia de afecto, en el que tanto puede incurrir un padre que no ha reconocido a su hijo como quien lo ha hecho¹⁴ (**Derecho de familia. Filiación. Falta de reconocimiento. Daño moral**).

14 En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 17 días del mes de Abril de 2012, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA Y ROBERTO ANGEL BAGATTIN, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-113543, en los autos: “B. P. D. C / S. H. D. S/ FILIACION”.

- 8) STJ. “Lodi, Tilma C/Manzino, Eduardo E. S/Reclamacion de Filiación Extramatrimonial- Casacion. St 23348 S. 26/06/2007. Juez: Argibay (sd). Gauna Gladys Evelia C/Vega Carlos Alberto S/ Filiación Extramatrimonial- Beneficio de Litigar sin Gastos, Etc. S/Casación Civil. Mag. Votantes: Argibay-Juare Carol-Llugdar – España.

“La falta de reconocimiento del progenitor se constituye en un hecho ilícito que genera responsabilidad civil y, por ende, derecho a la indemnización del hijo menor afectado. La eventual falta de culpa o negligencia en el progenitor que no ha reconocido a su hijo no lo exime de responsabilidad, pues la indemnización por agravio moral no es punitiva sino resarcitoria, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad. Siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de los derechos de la personalidad, la acreditación de la existencia de dicha trasgresión importa al mismo tiempo la prueba de la existencia del daño.”

V. CONCLUSIONES

- La negativa del progenitor a reconocer a su hijo extramatrimonial, genera para, éste un daño moral indemnizable, que surge de la naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad, y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde, con todos sus efectos propios.
- En nuestro país, urge la necesidad imperiosa de incorporar la Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares, extendiendo su aplicación sobre los principios generales que regulan la responsabilidad civil, ampliando la categoría de daños resarcibles con las propias particularidades del Derecho de familia y singularmente la reparación integral por desconocimiento filiatorio.
- El juez de familia deberá valorar y analizar cuidadosamente el caso concreto, pues no existe una fórmula única para cuantificar los costos de daño moral a la persona menor de edad y a su madre, en caso de no reconocimiento de hijo extramatrimonial. Debe tener una particular sensibilidad para lograr atender las circunstancias específicas, los intereses y valores en juego de la familia, así como también la unión y estabilidad de la institución familiar, sin dejar de lado la protección al hijo y a la madre como posibles víctimas de daños injustos que no deben ser soportados y en definitiva deben ser debidamente indemnizados.

REFERENCIAS

LIBROS

Albaladejo, M. (2006) *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*. Madrid: Edisofer.

Aguilar, B. (2008) *La familia en el código civil peruano*. Lima: Ediciones Legales.

Bustos, Y. (2012) *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Madrid: Dynkinson.

Brebbia, R. (1990) *El daño moral en las relaciones de familia, en Derecho de Familia*, (libro homenaje a María Josefa Méndez Costa). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Chieri, P. y Zannoni (1999) *La Prueba de ADN*. Buenos Aires: Astrea.

Fernández, C. (1985) *El daño a la persona en el Código Civil. Homenaje a José León Barandarián*. Cuzco: Editores Perú.

Lasarte, C. (2006) *Principios de Derecho Civil, Derecho de Familia*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A.

Méndez, M. (1986). *La Filiación*. 1ra edición. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.

Mosset, J. (1999) *Responsabilidad por los daños*, Tomo 5. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Plácido V. (2008) *La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la PUC.

Zannoni, E. (1998) *Derecho civil. Derecho de familia*, Tomo 2, Buenos Aires: Astrea.

Revistas

Medina, G (1998) *Daño extrapatrimonial en el Derecho de familia y el proyecto de código civil unificado de 1998*. Revista del Derecho de Daños N° 6. Daño Moral. 91. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.

Mosset, J (2001) Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad en las relaciones de familia. En: *Revista de Derechos de Daños –Daños en las relaciones de familia*, 2001-2, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Revista de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro N° 15, 2004. “Sentencia sobre filiación extramatrimonial”, San Isidro - Argentina: Imprenta del Colegio de Abogados de San Isidro (online). Disponible en Internet http://www.magistradossidro.org.ar/publicaciones/13_revista15.pdf, consultado el 22 de agosto de 2016.

Tesis

Olórtegui Delgado, Rosa Isabel (2010). *Responsabilidad Civil por Omisión de Reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil y Comercial. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Fecha de recepción : 07 de setiembre de 2016

Fecha de aceptación : 19 de octubre de 2016