



DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**Indemnización por daño moral demandado por el esposo en
caso de falsa atribución de paternidad**

Tesis presenta por la Bachiller en Derecho:

Joselin Allison Leiva Villena

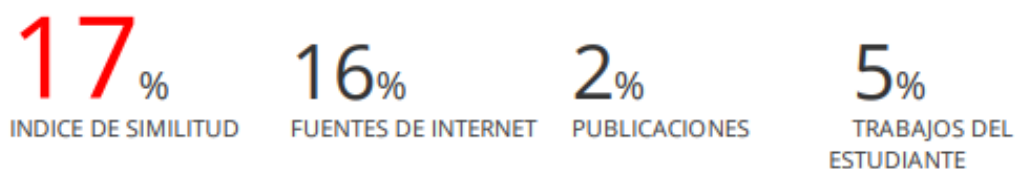
Para optar el título profesional de Abogada

Asesor: Mg. Analucia Torres Flor

AREQUIPA, 2023

Borrador de Tesis

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	idoc.pub Fuente de Internet	1%
2	repositorio.ucsp.edu.pe Fuente de Internet	1%
3	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	blog.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	es.scribd.com Fuente de Internet	1%
6	vsip.info Fuente de Internet	1%
7	repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet	<1%
8	www.mimp.gob.pe Fuente de Internet	<1%
9	cybertesis.unmsm.edu.pe Fuente de Internet	<1%

*A Dios, por guiar mi camino y a mis padres por ser mi motivación
y apoyo constante.*

ÍNDICE

RESUMEN	IV
INTRODUCCIÓN	V
Capítulo I.- Filiación en la legislación peruana vigente.	1
1. Filiación	1
1.1. Concepto	7
1.2. Regulación en la legislación nacional vigente	2
1.2.1. Código Civil Peruano	3
1.2.2. Código de los Niños y los Adolescentes	3
2. 11	
2.1. Filiación Matrimonial	8
2.1.1. Presunción de la paternidad	9
2.1.2. Efectos de la presunción de paternidad	12
2.1.3. Modos y prueba de la determinación de la filiación matrimonial	13
2.1.4. Acciones de negación de paternidad	14
2.2. Filiación Extramatrimonial	17
2.2.1. Concepto	17
2.2.2. Regulación y Protección de la filiación extramatrimonial en la legislación vigente	18
2.2.3. Modos y prueba de la determinación de la filiación extramatrimonial	18
Capítulo II – La existencia del daño en las relaciones familiares.	22
1. 29	
1.1. 29	
1.2. 29	
2. 30	
2.1. 32	
2.2. 34	
2.2.1. 34	
2.2.2. 36	
Capítulo III – Atribución de falsa paternidad y daño moral	35
1. 42	
1.1 46	
1.2 50	
1.3 55	
1.4 57	
1.5. La indemnización del daño moral	54

2.	La reparación del daño en las relaciones familiares	65
2.1.	Análisis de la acción de negación de paternidad	55
2.2.	Acción de falsa atribución de paternidad	68
3.		70
3.1.	Expediente: N° 2003-0839-251801-JF01	60
3.2.	Consulta N° 1388-2010-Arequipa	60
3.3.	Casación N° 2726-2012	61
	CONCLUSIONES	64
	BIBLIOGRAFÍA	67

RESUMEN

El Decreto Legislativo N° 1377, modificó la presunción de paternidad matrimonial y el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, permitiendo que la mujer pueda declarar expresamente que el menor no es hijo de su esposo. Sin embargo, ¿Qué pasaría si la mujer decide omitir tal declaración, permitiendo que surta efecto la presunción de paternidad, siendo consciente de la ausencia del vínculo biológico y atribuyéndole una falsa paternidad al cónyuge?, ¿podría éste interponer una indemnización por daño moral? En el siguiente trabajo de investigación responderemos a las preguntas planteadas.

Palabras clave:

Filiación matrimonial, Daño, Relaciones familiares, Responsabilidad civil

INTRODUCCIÓN

El Decreto Legislativo N° 1377, publicado el viernes 24 de agosto de 2018, en el diario oficial “El Peruano”, tiene como función principal, fortalecer la protección de niños, niñas y adolescentes, velando por su identidad biológica, la cual les otorgará una identidad establecida en el transcurso de su crecimiento y desarrollo.

La modificación referida propone ciertos cambios en diversos artículos del Código Civil Peruano en el Libro de Derecho de Familia. El artículo que será materia de análisis y en el cual nos enfocaremos, es el artículo N° 396, sobre reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, el cual establecía que: *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”*.

La reciente modificación del artículo N° 396¹, establece que la madre podrá declarar expresamente que no es de su marido; antes establecía que respecto del hijo extramatrimonial existía la imposibilidad de que fuera reconocido por su padre biológico, primero el cónyuge tenía que negar la paternidad y obtener una sentencia firme dentro un proceso sobre impugnación de paternidad². La modificatoria permite que un tercero reconozca a un hijo de mujer casada en base a la identidad biológica del niño, niña y/o adolescente, velando por el interés superior del niño. Sin embargo, omite de manera dolosa dicha declaración, teniendo previo conocimiento que el cónyuge no es el padre biológico, el hecho generador del daño parte de la omisión dolosa por parte de la cónyuge.

Partiendo del hipotético de un matrimonio en que la mujer queda embarazada, una vez nacido el hijo, la presunción entra a tallar haciendo automáticamente al hijo que dicha mujer dé a luz, hijo de su esposo; salvo que ella, haciendo uso de la modificatoria, establezca que el hijo no es del esposo. El supuesto analizado es en caso que la mujer, sabiendo que el niño, no es hijo biológico del cónyuge, permite que la presunción surta efecto y que el esposo, se

¹ “El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al Registro Civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando ésta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

² Artículo N° 396.- (derogado): “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.”

atribuya todos los derechos y deberes de padre, sin saber éste que no es el padre biológico del niño, una vez que la verdad biológica de la paternidad del hijo se conozca, ¿podría el cónyuge de dicha mujer, demandar daño moral por falsa atribución de paternidad?

Si bien la casuística sobre falsa atribución de la paternidad puede presentarse en la figura de la unión de hecho o de una mujer soltera, en ésta investigación nos limitaremos a analizar solo aquel contemplado en el supuesto de hecho explicado en el párrafo precedente.

En ese sentido, el objetivo general de nuestra investigación consiste en establecer si el cónyuge de mujer casada consignado como padre del hijo de su esposa en mérito a la presunción de paternidad, puede alegar daño moral por falsa atribución de paternidad si resultase no ser el padre biológico del niño. En relación a los objetivos específicos, el primer objetivo consiste en determinar cómo se establece la figura de la filiación en la legislación nacional y las recientes modificatorias respecto de ésta a partir del Decreto Legislativo N° 1377, desarrollaremos la clasificación de la filiación y cuando nos encontramos frente a la filiación matrimonial y/o extramatrimonial, así como la acción de negación de paternidad matrimonial cuando no exista un vínculo biológico. En el segundo objetivo, analizaremos la admisión y reparación de daños en las relaciones familiares considerando la legislación vigente, y de darse el supuesto en el que exista un daño entre los miembros de una familia, si este daño puede ser considerado como tal o existiría algún tipo de inmunidad. El último objetivo, es examinar la posible consecuencia a partir de la modificatoria del artículo N° 396 del Código Civil Peruano, en los casos de atribución de paternidad cuando no se ajuste a la realidad biológica del niño, se analizará los presupuestos de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia ante la existencia de un daño moral por parte de la esposa a su cónyuge.

Analizado el planteamiento del tema de investigación y su delimitación, tenemos como hipótesis la siguiente: en los casos en los que haciendo uso de la presunción de paternidad de mujer casada, la esposa permitiera que se inscriba al niño, niña y/o adolescente como hijo biológico de su esposo -pese a no obedecer esto a la realidad biológica de este-, aprovechando la figura de la presunción de paternidad y el desconocimiento del padre respecto de la verdad biológica de su supuesto hijo se generaría una conducta antijurídica, regulada en el artículo N° 1969 del Código Civil Peruano, la cual tendría como consecuencia

daños morales por falsa atribución de paternidad al cónyuge, al enterarse que no es el padre biológico.

La metodología jurídica del presente trabajo es dogmático-descriptiva, siendo dogmática por cuanto se está estudiando un sistema jurídico debidamente identificado que se encuentra vigente en la actualidad, y los criterios que determinan la aplicación de la norma relevante para el presente trabajo de investigación; para lo cual se usarán como pilares tanto el Derecho positivo como lo conceptualmente construido, respecto del segundo método el mismo se utilizará para la descripción del contenido del Derecho sistematizado.

Un estudio normativo o dogmático describe, analiza, interpreta, y aplica normas jurídicas; para ello, conoce y estudia las normas jurídicas, elabora conceptos y métodos para construir instituciones y un ordenamiento dinámico, ayuda a la producción y creación de otras nuevas normas, las interpreta y aplica, contribuye a regular con ellas comportamientos humanos y a resolver conflictos de efectividad, su objeto de estudio son las normas positivas, instituciones o conceptos jurídicos que emanan de distintas fuentes del Derecho, como la jurisprudencia, la costumbre, etc., las que a su vez son fuentes de investigación como la doctrina jurídica.³

³ Cfr, 1) M. FERNANDEZ FLECHA, *Guía de Investigación, en Derecho*. Vicerrectorado de Investigación PUCP, Lima, 2013, 1ª ed., p. 18. 2) E. DÍAZ. *Curso de Filosofía del Derecho*. Marcial Pons, Madrid. 1998

Capítulo I.- Filiación en la legislación peruana vigente

En el presente capítulo nos enfocaremos en conceptos básicos respecto de la filiación, así como la regulación de ésta figura en la legislación nacional, tanto en el Código Civil peruano, en el Código de los Niños y Adolescentes, así como las recientes modificatorias de la figura de la filiación, concretamente respecto de la presunción de paternidad matrimonial en el Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto de 2018. De igual forma, desarrollaremos la determinación de la filiación, para diferenciar la filiación matrimonial de la extramatrimonial.

1. Filiación

1.1. Concepto

El autor Cornejo Chávez, define a la filiación como: *“aquel vínculo de una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, el vínculo de los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto).”*⁴

“La filiación así entendida se encuentra regulada en el Libro de familia de nuestro Código Civil, debido a que dicha regulación está orientada a que las personas cuenten con un vínculo “paterno” y “materno” filial formalmente establecida y a partir del cual se genere una serie de consecuencias jurídicas.”⁵

“La filiación comprende aquella derivada del sustento biológico tradicional (procreación) o el voluntario (adopción o técnicas de procreación asistida). La primera con contenido biológico, la segunda ausente de biogenicidad generativa pero construida sobre la base de la voluntad y el afecto.”⁶

⁴ H. CORNEJO CHAVEZ, *Derecho Familiar peruano*, Studium Ediciones, Lima, 1985, 2ª ed., p. 11

⁵ Cfr. M. FERNANDEZ REVOREDO, *Manual de derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2013, 1ª ed., p. 53.

⁶ E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia, Derecho de la Filiación*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, Tomo IV, p. 66.

Resulta importante resaltar que en la figura de la adopción y las técnicas de procreación asistida, ambas tienen una característica en común que es el acto voluntario a través del cual se va a determinar la filiación. Sin embargo, la principal diferencia entre ambas figuras es el uso de la ciencia, pero en ambos casos da nacimiento a una familia afectiva.⁷

En el desarrollo del capítulo I, nos enfocaremos en la filiación por naturaleza o aquella que es derivada del sustento biológico tradicional; para ello analizaremos la clasificación de la filiación matrimonial y extramatrimonial regulada en el Código Civil peruano.

Podemos determinar que la filiación es aquel vínculo que se da entre los padres y los hijos, por medio del cual surge la paternidad y maternidad, es un vínculo natural que será respaldado jurídicamente por el Estado, lo que conlleva a un conjunto de derechos y obligaciones una vez determinada la filiación sea esta por: naturaleza, que se clasifica en filiación matrimonial y extramatrimonial; y legal, en donde encontramos la filiación por adopción o mediante las técnicas de reproducción asistida. La figura de filiación una vez analizada en base a los conceptos previos, servirá como base para analizar la regulación en la legislación nacional vigente y sus recientes modificatorias que serán materia de análisis en la presente investigación.

1.2. Regulación en la legislación nacional vigente

En el siguiente sub capítulo desarrollaremos la regulación de la figura de la filiación, en el Código Civil Peruano, el Código de los Niños y Adolescentes y por último, la reciente modificatoria a partir de la publicación del Decreto Legislativo N° 1377, el cual ha modificado la presunción de paternidad y el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada.

⁷“Existe una relación lógica entre la adopción y las técnicas asistidas. La adopción se constituye como una institución jurídica en la cual se considera padres a aquellos que son así reconocidos por la ley. Nace de un acto voluntario, premunido de un afecto. De igual manera debe considerarse la paternidad derivada de las técnicas asistidas, ya que contiene elementos similares a la adopción. La diferencia radica en el uso de la ciencia médica, pero en ambos casos da nacimiento a una familia afectiva”. El presente trabajo de investigación, está enfocado en la filiación por naturaleza, en la que encontramos el principio biológico tradicional. Para profundizar respecto de la filiación por adopción y técnicas de procreación asistida, consultar en: Cfr. E. VARSIGLIOSI, “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, *Revista IUS*, N° 39, vol. 11, 2017, p. 13. Disponible en < http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472017000100006&script=sci_arttext > Consulta: 03 de Noviembre de 2020.

1.2.1. Código Civil Peruano

La filiación está regulada en el Código Civil de 1984, en el libro III, “Derecho de Familia”, sección III sociedad paterno-filial, en el título I, encontramos la filiación matrimonial y en el título II, filiación extramatrimonial. En el Código Civil Peruano, encontramos la clasificación de filiación, la filiación matrimonial está regulada desde el artículo N° 361 hasta el artículo N° 376, la filiación extramatrimonial se encuentra regulada desde el artículo N° 386 al artículo N° 401.⁸

Las recientes modificatorias respecto de la filiación a partir de la publicación del Decreto Legislativo N° 1377, las analizaremos en el presente capítulo, en el punto 2 sobre determinación de la filiación en el Código Civil peruano.

1.2.2. Código de los Niños y los Adolescentes

La filiación es el vínculo paterno filial con el que todo menor de edad debe contar, como parte fundamental en el desarrollo de su identidad, es por ello que analizaremos cómo la figura de la filiación es imprescindible en los niños y adolescentes, regulado también en el referido cuerpo legal.

En el artículo N° 6⁹ del Código del Niño y Adolescente, especifica el derecho a la identidad como derecho fundamental en el desarrollo integral de la personalidad de cualquier niño, establece claramente que tanto el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, resaltando la importancia de un vínculo paterno y materno como base fundamental en el desarrollo integral de su personalidad.

⁸ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Decreto Legislativo N° 295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

⁹ “Artículo N° 6.- El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.”

El derecho a la identidad se encuentra regulado en la Constitución Política del Perú en el artículo N° 2¹⁰, el cual establece que toda persona tiene derecho a una identidad determinada, consideramos que el principio de la verdad biológica se encuentra incorporado en este derecho fundamental, a través del cual pretende que los vínculos biológicos tengan una traducción jurídica fiel, esto es, que tanto la madre como el padre jurídicamente reconocido sean realmente los progenitores, los padres del hijo.¹¹ El principio biológico se sustenta en la verdad biológica, favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica.¹²

En el presente Código encontramos el principio del interés superior del niño¹³, el cual vela por la protección y cuidado del niño cuando se encuentre en juego sus derechos fundamentales¹⁴, éste principio es de carácter internacional y el Perú al ser un estado firmante de la Convención sobre los Derechos del Niño está en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la misma.¹⁵

El derecho de filiación analizado en el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, nos permite llegar a la conclusión que es un derecho fundamental y primordial, siendo base esencial en el desarrollo de cada persona; debiendo considerar el impacto que al no determinar una filiación conforme a la verdad biológica -en el supuesto en que se atribuya

¹⁰ Artículo N° 2: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”

¹¹ Cfr. E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia...*, cit., p. 97

¹² E. VARSI ROSPIGLIOSI, “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, Revista IUS, vol. 11, N° 39, 2017, p. 8. Disponible en < http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472017000100006&script=sci_arttext > Consulta: 03 de Noviembre de 2020.

¹³ Artículo IX.- “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

¹⁴ “Los derechos fundamentales del niño merecen una especial tutela debido a la vulnerabilidad en la que se encuentran, la protección al niño se encuentra amparada en diferentes instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, artículos N° 8 y 16; Convención Americana sobre Derechos humanos, artículos N° 11 y 19; Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículos N° 23 y 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo N° 10.”

¹⁵ “Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del niño. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.” (Asamblea General de la ONU, *Convención de los Derechos del Niño*, celebrada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de setiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de setiembre de 1990).

una falsa paternidad- podría generar daños no solo al menor de edad, sino también al supuesto progenitor, tal como se analizará de forma más detallada en el capítulo III.

La filiación tiene una relación muy estrecha con el derecho a la identidad por cuanto el establecimiento de una persona como hijo biológico de otra es un dato que integra el derecho a la identidad de toda persona.

“El ordenamiento jurídico peruano destaca el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica lo que debe entenderse y verse reflejado en el principio del interés superior del niño, regulado en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes.”¹⁶

En el siguiente punto analizaremos las formas para determinar la filiación en el Código Civil peruano, la cual se clasifica en filiación matrimonial y extramatrimonial, desarrollaremos la determinación de cada una y las diferencias que existen entre ambas figuras.

2. Determinación de la filiación en el Código Civil Peruano.

El 24 de agosto de 2018 se expidió el Decreto Legislativo N° 1377, el cual en el artículo N° 1 del mismo, tiene por objetivo:

*“Fortalecer la protección integral de niñas, niños y adolescentes, y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, priorizando las medidas de protección a su favor en situaciones de desprotección familiar, la optimización de servicios en situaciones de riesgo por desprotección familiar, su derecho a la identidad y al nombre, la reserva de su identidad y la de sus familiares ante casos de violencia, así como la priorización en el pago de las pensiones alimenticias determinadas a su favor en sentencias judiciales.”*¹⁷

¹⁶ V. NINA COHAILA, “El derecho de filiación en el sistema legal peruano”, *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna*, N° 5, 2011, p.15-27.

¹⁷ Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N° 1377, *Decreto Legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes*, Perú

El objetivo principal de este Decreto Legislativo, es otorgarles protección y salvaguardar en especial el derecho fundamental a la identidad, a tener un nombre y aquellos derechos que le otorgarán estabilidad emocional en diferentes aspectos a los niños, niñas y adolescentes, al ser considerados como parte de la población vulnerable, encontrándose en una situación de desventaja y de indefensión, respecto de sus derechos fundamentales.

“Ésta norma tiene como finalidad básica establecer mecanismos de protección, fortaleza y seguridad para niños y adolescentes con reconocimiento a su derecho al nombre, a la identidad, a la intimidad, tomando en cuenta que a través de estos derechos el ser humano se proyecta, se consagra y se consolida en la sociedad. Desde el inicio de la vida de un sujeto de derecho tiene que reconocerse su derecho a la identidad, al nombre, a la intimidad y a la clara determinación de la filiación.”¹⁸

En el Código Civil se modificaron los artículos N° 46, 361, 362, 396 y 402, inciso 6, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295, analizaremos las modificaciones que se han dado principalmente en los artículos que son relevantes en éste tema de investigación, enfocándonos en el derecho de filiación, respecto de la presunción de paternidad y el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada.

Sokolich, considera que la filiación en sentido estricto se va a determinar por tres maneras:

“Se determina por naturaleza, por adopción y por la voluntad procreacional. La filiación determinada por naturaleza se caracteriza porque el vínculo parental se sustenta en la existencia de un lazo biológico que une a los progenitores con sus descendientes consanguíneos de primer grado; en tal sentido, dependiendo del momento en que es procreado o nace el hijo, podemos estar frente a una filiación matrimonial o a una filiación extramatrimonial.”¹⁹

¹⁸ C. CANALES TORRES, “En busca de fortalecer el reconocimiento de la identidad, la intimidad y una clara determinación de la filiación de los menores”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 63, 2018, p. 156.

¹⁹ M. SOKOLICH ALVA, “Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú. En: Persona y Familia.”, *Revista del Instituto de la Familia. Facultad de Derecho de la UNIFÉ*, vol. 01. N° 01, 2012, p. 63.

Existen tres maneras para determinar la filiación;²⁰

- 1) Determinación legal: Es la presunción de paternidad en el caso de los hijos de una mujer casada. Se encuentra regulado en el artículo N° 361 del Código Civil: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.
- 2) Determinación voluntaria: El reconocimiento voluntario que realizan los progenitores respecto de sus hijos extramatrimoniales. El Código Civil regula la determinación voluntaria en el artículo N° 390.²¹
- 3) Determinación judicial: referente a cuando la paternidad o maternidad queda establecida a través de una resolución judicial. El artículo N° 402 del Código Civil indica que: “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...). Inc. 6. 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 con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra validez científica con igual o mayor grado de certeza.”

En los siguientes sub capítulos analizaremos la filiación matrimonial y extramatrimonial, la regulación de ambas, así como los modos y pruebas para determinar cada una.

2.1. Filiación Matrimonial

La filiación matrimonial tiene como principal característica, el vínculo matrimonial, a través del cual dos personas contraen matrimonio de manera voluntaria y asumen todos los

²⁰ M. FERNÁNDEZ REVOREDO, *Manual de derecho de familia...*, cit., p. 60.

²¹ “El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento. Se puede dar en vía administrativa o en una Oficina Registral del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC; o en vía notarial, cuando se realiza mediante escritura pública o testamento.”

derechos y obligaciones reconocidos en el Código Civil peruano, explícitamente en el libro de Derecho de Familia.

“La filiación matrimonial deriva de las palabras latinas *filius* y *matrimonium*, que significa hijo que procede de padres casados, es decir hijo nacido de padre y madre que han contraído matrimonio de acuerdo a las formalidades establecidas por nuestra ley civil”²²

“La filiación matrimonial sienta sus bases en la presunción *pater is est*²³ y en la presunción re afirmatoria de paternidad²⁴. El establecimiento de la paternidad matrimonial se sustenta en el denominado periodo de la concepción y gestación de manera tal que, legalmente, la gestación tiene una duración mínima de ciento ochenta días y máxima de trescientos, mientras que la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los trescientos anteriores.”²⁵

Sin embargo, existen tres teorías para determinar cuándo nos encontramos frente a la filiación matrimonial y/o extramatrimonial: la Teoría de la Concepción, Teoría del Nacimiento y la Teoría Mixta, también denominada nacimiento-concepción, la cual es adoptada por el Código Civil peruano.²⁶

²² M. MALLQUI REYNOSO, “Derecho de Familia”, en E. MOMETHIANO ZUMAETA (coord.) Primera Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2002. p. 733.

²³ Artículo N° 361.- “El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Decreto Legislativo N° 295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

²⁴ Artículo N° 362.- “El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido”.

²⁵ E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Filiación, derecho y genética*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999, p. 46-47.

²⁶ “Teorías para determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles no: a) Teoría de la concepción: son hijos matrimoniales los engendrados por los padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio o sean alumbrados después de disuelto o anulado el vínculo, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aun cuando su nacimiento ocurra después del casamiento. b) Teoría del nacimiento: serán matrimoniales los nacidos en el momento en que sus padres estén casado, no importando el momento en que hayan sido engendrados, los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando aquellas ya hayan sido contraídas, *contrario sensu* no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar de que la procreación se produjo durante su vigencia. c) Teoría mixta: es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho propio de la concepción como del nacimiento siempre que se respeten los plazos legales determinados por la ley (que sea concebido 180 días antes del matrimonio o que nazca a los 300 días de su disolución)”. Consultar en: 1) E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Filiación, derecho y genética*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999, p. 41-44 2) E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia, Derecho de la Filiación*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, Tomo IV, p. 125-127.

La filiación matrimonial tiene como base el vínculo entre los progenitores los cuales han contraído matrimonio, y está sujeta a la presunción de paternidad siendo la principal diferencia respecto de la filiación extramatrimonial. En el siguiente punto analizaremos la presunción de la paternidad regulada en el Código Civil peruano.

2.1.1 Presunción de la paternidad

La presunción de paternidad permite que los hijos nacidos en un vínculo matrimonial, sean automáticamente reconocidos como hijos del cónyuge de la madre, siendo por ello sólo plausible que esta presunción opere cuando la madre se encuentre casada.

“La aplicación de la presunción se da a través de tres condiciones: la primera es el establecimiento previo de la filiación materna; la segunda condición, es el matrimonio de la madre con el presunto padre y por último, la coincidencia entre el periodo del matrimonio con el momento de la concepción o del nacimiento.”²⁷

La presunción de paternidad, se presenta como una obligación, dado que el marido reconoce a los hijos como suyos, sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario, de modo que, si existen motivos por los que el esposo duda respecto de su paternidad matrimonial, podrá accionar, negando la paternidad, basándose en las causales reconocidas en el artículo N° 363 del Código Civil, la legitimidad procesal le corresponde exclusivamente al marido y excepcionalmente a sus herederos y ascendientes.²⁸

Respecto de la presunción legal de paternidad Aguilar señala que:

“En Roma llega esta presunción iuris tantum, conocida como pater is quem nuptiae demonstrant y que se traduce en el hecho de que si una mujer casada

²⁷ L. MONGE TALAVERA, “Presunción de filiación matrimonial. Comentario al artículo N°362”, *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010, tomo II, p. 619.

²⁸ D. BRAVO GAMARRA, “Impugnación de paternidad matrimonial y derecho a la identidad del menor de edad”, *Revista de Actualidad Jurídica la Tribuna del Abogado*, N° 6, 2014, p.29.

*alumbra un hijo, se tiene como padre de éste a su marido, y ello en función de las obligaciones que impone el matrimonio, principalmente la cohabitación y la fidelidad que se deben los cónyuges, sin embargo el hecho de que una mujer casada conciba o alumbre un hijo no significa necesariamente que ese hijo sea de su marido”.*²⁹

En los artículos N° 288 y 289 del Código Civil encontramos los presupuestos de la presunción de paternidad: “El deber de cohabitación, el deber de fidelidad y asistencia, respecto del primero, es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia. El segundo presupuesto establece que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.”³⁰

En la filiación matrimonial se determina la maternidad, indudablemente, ante el hecho del parto y la identidad del hijo; y en el caso de la paternidad, el marido de la madre, es el padre de los hijos concebidos dentro del matrimonio, siempre que el hijo nazca durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución.³¹ Se debe tomar en cuenta que con la reciente modificatoria del artículo N° 361, respecto de la presunción de paternidad, se incorporó la excepción, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.

La presunción de paternidad reconocida en el artículo N° 361, consideraba que: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido.” Sin embargo el Decreto Legislativo N° 1377, modificó este artículo, incorporando la excepción salvo que la madre declare expresamente lo contrario, permitiendo que la madre pueda expresar que el cónyuge no es el padre biológico.

²⁹ B. AGUILAR LLANOS, *Derecho de Familia*, Ediciones Legales, Lima, 2013, p. 232.

³⁰ Cfr. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Decreto Legislativo N° 295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984

³¹ Cfr. E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Grijley, Lima, 2004, pág. 98

La presunción de paternidad, es el principio de la filiación matrimonial, esta presunción permite que los hijos de mujer casada sean reconocidos por el cónyuge, la presunción de paternidad se encuentra vigente, sin embargo con la reciente modificatoria, la madre podrá declarar expresamente que el esposo no es el padre biológico, aun existiendo un vínculo matrimonial, el objetivo de este Decreto Legislativo es proteger y velar por el derecho a la identidad del niño, niña y adolescente.

“La sola negación por parte de la madre es suficiente para que el hijo no se repute del marido, sin importar que el nacimiento se haya dado en estado matrimonial o dentro del periodo de tiempo inmediatamente siguiente al de la disolución del matrimonio.”³²

Los plazos legales establecidos en la presunción de paternidad, es que los hijos concebidos en matrimonio y aquellos en donde el nacimiento se da dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, serán reconocidos por el esposo de la madre, sin embargo, la excepción que se añadió al artículo N° 361, permite que la madre declare expresamente lo contrario, es decir, que el cónyuge no es el padre biológico.

Varsi Rospigliosi, respecto de ésta modificación manifiesta que:

*“Es un cambio importante en nuestro Código Civil; sin embargo, este cambio no es radical o extremista, pues la regla general sigue siendo la presunción pater is est, siendo su excepción la declaración contraria de la madre. Es un cambio de 180° grados, no es un cambio de 360° grados, pues éste implicaría que se eliminara por completo la referida presunción y se dispusiera que en todos los casos de filiación del hijo matrimonial será determinada por lo que la madre pudiese expresar.”*³³

³² R. CÁRDENAS KRENZ, E. CÓRDOVA PEREZ, “Negación de la paternidad del marido por parte de la esposa, comentarios sobre algunas recientes modificaciones al Código Civil”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 64, 2018, p. 123.

³³ E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, “La presunción pater is est ahora puede destruirse con la mera declaración de la madre”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 63, 2018, p. 152.

La regla general en todo vínculo matrimonial rige la presunción de paternidad, de modo que en el supuesto en el que la madre no manifieste tal declaración, seguirá vigente la presunción *pater ist est*, caso contrario sería que la madre al expresar que un tercero es el padre biológico del niño, niña y/o adolescente, éste podrá reconocer la filiación extramatrimonial, la prueba de ADN acreditará la filiación a partir de la modificatoria del artículo N.º 402 del Código Civil que permite el uso de pruebas genéticas en los casos de hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad, esta modificatoria va a permitir que la identidad biológica del niño o niña sea corroborada a través de prueba científica para identificar la filiación extramatrimonial respecto del tercero.

La presunción de paternidad es la que siempre determina la filiación matrimonial, considerando que serán hijos matrimoniales cuando se encuentre presente el vínculo conyugal. Sin embargo, la excepción que se incorpora tiene como principal finalidad, la protección de los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, de modo que en el único supuesto en el que la madre es consciente de que el esposo no es el padre biológico, podrá declarar lo contrario respecto de la presunción de paternidad.

La reafirmación de la presunción de paternidad establecida en el artículo N.º 362, de igual forma se añadió la excepción mencionada: “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.” (Texto anterior). “El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.” (Texto vigente).

A continuación, mencionaremos los efectos que surgen a partir de la presunción de paternidad, conforme a la ley y dentro de los plazos establecidos respecto de la concepción y nacimiento.

2.1.2 Efectos de la presunción de paternidad

De la filiación derivan las relaciones paternas filiales, vínculos entre padres e hijos: nombre, patria potestad la cual genera derechos y deberes que se encuentran regulados en el artículo N.º 423 del Código Civil, alimentos, sucesiones, nacionalidad, estado civil, etc.

La presunción de paternidad matrimonial, genera efectos relacionados a deberes y derechos respecto de los progenitores con los hijos, es por ello que es muy importante que ésta presunción de paternidad guarde relación con la verdad biológica del niño, niña y/o adolescente.³⁴ En el siguiente punto analizaremos los modos para la determinación de filiación matrimonial, así como las acciones reguladas en el Código Civil para impugnar la paternidad matrimonial.

2.1.3. Modos y prueba de la determinación de la filiación matrimonial

La determinación de la filiación matrimonial a diferencia de la extramatrimonial, es que se rige por el principio de indivisibilidad de la paternidad matrimonial, que permite que la maternidad y paternidad se manifiesten, respecto de la primera en el hecho del parto y la identidad del hijo; y en el caso de la segunda, ésta se sustentará en la presunción de paternidad matrimonial, sin embargo, podrá ser impugnada por el esposo, cuando se encuentren presentes alguna de las causales establecidas en el artículo N° 363³⁵ del Código Civil peruano, el cual establece que, el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo.³⁶

La filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo (que por interpretación del artículo N° 375, entendemos que dicha partida existe a raíz de una

³⁴ A efectos de que surja la patria potestad con todas las facultades y deberes citados, es necesario previamente que surja la filiación legal. De ahí la gran importancia de determinarla debidamente en beneficio de los padres y de los menores hijos. La tecnología viene ayudando al derecho en ese sentido. Actualidad civil. Instituto Pacífico, Impugnación y reconocimiento de paternidad. Disponible en: <<https://actualidadcivil.pe/revista/652ac5e6-056d-497f-9270-950f14ec0c19?goTo=5-facultados-por-ley-a-interponer-la-accion-de-impugnacion-de-paternidad-e720dfd5-f71a-449a-bb5c-da6b00822506&menu=especial-del-mes&menu-item=b5fb6b04-217f-4e3c-ac9c-ba6f3482aa3b&q=impugnaci%C3%B3n%20de%20paternidad%20matrimonial>>. Consultado: 24/02/2021

³⁵ Artículo N° 363.- “El marido que no sea crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 1) Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio. 2) Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo. 3) Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período. 4) Cuando adolezca de impotencia absoluta. 5) Cuando se demuestre a través de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.”

³⁶ Cfr. E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Filiación, derecho y genética...*, cit., p. 44-46

filiación ya determinada) y del matrimonio de los padres, (respaldando la existencia de un vínculo matrimonial) o por otro instrumento público en el caso del artículo N° 366, inciso 2³⁷, (este medio probatorio tiene que contener la declaración o el reconocimiento tácito o expreso de que el hijo es del padre), o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo N° 363.³⁸

Sin embargo, a falta de las pruebas mencionadas, la filiación matrimonial podrá quedar acreditada por sentencia recaída en juicio, en la que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio, siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.³⁹

La determinación de la filiación analizada en párrafos precedentes, nos permite concluir que está principalmente sujeta al principio de presunción de paternidad que regula la filiación matrimonial, de modo que permite determinarla como tal, en base a los plazos legales establecidos, sin embargo, cuando el esposo considera que la paternidad matrimonial no está sujeta a las disposiciones legales establecidas, el artículo N° 363 del Código Civil peruano, permite que el marido, que no se considera padre del hijo de su esposa, pueda negarlo.

En el siguiente punto analizaremos las acciones de negación de paternidad, a las cuales podrá acudir el cónyuge cuando considere que dicha paternidad le ha sido falsamente atribuida.

2.1.4. Acciones de negación de paternidad

³⁷ Artículo N° 366.-“ El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo N° 363, incisos 1 y 3: 1) Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo. 2) Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo. 3) Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial.”

³⁸ E. BUSTAMANTE OYAGUE, “Medios probatorios de la filiación. Comentario al artículo N°375”, *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010, tomo II, p. 661-662

³⁹ “La posesión de estado es el goce de hecho de determinado estado de familia. En ese sentido, la posesión de estado de filiación se presenta cuando alguien se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres.” Actualidad civil. Instituto Pacífico, La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada. Disponible en: < <https://actualidadcivil.pe/revista/019e1ab1-6009-400b-9eb3-5d4f3f2879db?goTo=5-la-filiacion-extramrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-y-el-derecho-del-nino-a-la-identidad-filiatoria-f39d99cc-9799-4c71-8503-47367507ca93&menu=civil&menu-item=a766d20e-12fe-4f30-a16f-bd7b0e662a2b&q=impugnaci%C3%B3n%20de%20paternidad%20matrimonial> >. Consultado: 24/02/2021.

Cuando se dé una falsa atribución de paternidad, el marido podrá recurrir a las acciones de filiación matrimonial para impugnar la paternidad matrimonial, es por ello que analizaremos las acciones de filiación enfocándonos en las correspondientes a la filiación matrimonial.

Las acciones de filiación⁴⁰, son acciones de estado que tienden a declarar la existencia de los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado de familia, o a constituir, modificar o extinguir un emplazamiento.⁴¹

“Su fundamento reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación), buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.”⁴²

Hemos analizado que cuando el marido no se considere padre del hijo de su cónyuge, podrá alegar una acción de negación de paternidad, y así determinar una filiación que guarde relación con la verdad biológica; de modo que esta acción no solo beneficia al esposo sino también ayuda a establecer el derecho a la identidad del hijo considerando que, en base al interés superior del niño, se debe proteger y resguardar los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente.

“En doctrina se distinguen la acción de negación de la paternidad y la impugnación de paternidad. La primera, se da en el supuesto en que el niño, niña y/o adolescente no se encuentra amparado por la presunción *pater is est* y el esposo niega a ese hijo; en cambio, en la impugnación de paternidad es el marido demandante quien considera que, a pesar de que el hijo tenido por su esposa está amparado por la

⁴⁰ El Código Civil peruano, recoge las siguientes acciones de la filiación matrimonial, en el caso de la contestación: “1) La acción de negación o desconocimiento de la paternidad matrimonial 2) Acción conocida como impugnación de la maternidad matrimonial. En el ámbito de la reclamación está la acción de petición o reclamación de la filiación matrimonial. En el presente tema de investigación nos enfocaremos en la acción de negación o desconocimiento, puesto que, es el esposo al que se le ha atribuido una falsa atribución de paternidad.

⁴¹ A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Identidad Filiatoria y responsabilidad parental*, Instituto pacífico S.A.C., Lima, 2018. 1 ed., p. 238.

⁴² E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia, ... cit.*, p. 271.

referida presunción, considera que no es su hijo. Ambos temas se ubican en el marco de la regulación jurídica de la filiación matrimonial.”⁴³

El artículo N° 363⁴⁴ del Código Civil peruano establece que: “*el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo*”. Este artículo establece las razones por las que el esposo podrá impugnar o negar la paternidad matrimonial. El legislador nacional ha situado a la evidencia científica como la prueba principal o prueba de excelencia en este asunto filiatorio.⁴⁵ El titular de la acción de negación de paternidad matrimonial como lo establece el artículo N° 364⁴⁶, en primer lugar es el esposo, pero en situaciones excepcionales como cuando éste fallezca, o en el supuesto que aún no presentó la acción o que se encuentre en

⁴³ E. BUSTAMANTE OYAGUE, “Contestación de la paternidad. Comentario al artículo N°363”, *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010, tomo II, p. 622.

⁴⁴ “El marido que no sea crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 1). En este caso el hijo nace antes de cumplidos ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Aquí, el accionante se limita a desconocer mediante una simple negación, acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio 2) Se trata de imposibilidad física- acceso carnal, coito- que no permita la concepción matrimonial. Los casos pueden ser diversos (desaparecido, ausente hospitalizado, encarcelado, destacado laboralmente en otro lugar). No se trata solo por estados de alejamiento de domicilio sino por otros (inconsciencia, enfermedad) de allí la frase dadas las circunstancias, que dicho sea el paso, pueden ser muchas y por demás variadas 3) En este supuesto se considera que durante la separación judicial no se presume el débito sexual entre marido y mujer, sino exactamente lo contrario, pues el efecto principal de la separación consiste en que suspende el deber de cohabitación entre los cónyuges 4) Es la imposibilidad de realizar el coito, esta impotencia absoluta debe haber existido durante el periodo de la concepción. La carga de la prueba recae en el marido. 5) Permite la recurrencia a los procedimientos científicos que se utilicen para la investigación y determinación de la paternidad. Para el análisis de las causales de acciones de filiación matrimonial”, consultar en: 1) E. BUSTAMANTE OYAGUE, “Contestación de la paternidad. Comentario al artículo N°363”, *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010, tomo II, p. 622-624. 2) E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia, Derecho de la Filiación*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, Tomo IV, p. 144. 3) H. CORNEJO CHAVEZ, *Derecho familiar peruano*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999, 10 ed., p. 381. 4) A. TORRES VÁSQUEZ, *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia*, Idemsa, Lima, 2002, 6 ed., p. 338

⁴⁵ R. RODRÍGUEZ ITURRI, *Instituciones del Derecho Familiar no patrimonial peruano*, Fondo editorial PUCP, Lima, 2018, 1ª ed., p. 109.

⁴⁶ Artículo N° 364.- “La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.” “La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema considera que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub Litis*: de un lado, la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad y, de otro, la norma contenida en el artículo N° 364 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de ambas normas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución; por ésta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; pues no existe razón objetiva y razonable que justifique la necesidad de fijar en noventa días el plazo para contestar la paternidad cuando esta no corresponda a la realidad, en desmedro del derecho constitucional a la identidad del menor; razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada.” Consulta. Exp. N° 4666-2012, Sentencia 30 de octubre de 2012.

proceso, serán los herederos y los ascendientes como lo indica el artículo N° 367⁴⁷ del Código Civil, esta acción se interpone contra el hijo y contra la madre.⁴⁸

Las acciones de negación de paternidad permiten que el esposo que tenga la certeza de no ser el padre del niño pueda impugnar la paternidad, al no existir una relación entre la verdad biológica y el estado filial.

Las modificaciones respecto del derecho de filiación, específicamente de los artículos que contemplan la presunción de paternidad matrimonial y el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, nos lleva a hacernos la pregunta, si la mujer a pesar de tener la facultad de declarar expresamente que el cónyuge no es el padre biológico, no exterioriza dicha declaración y permite que sea el esposo quien reconozca al niño, teniendo conocimiento previo que no era el padre biológico sino un tercero, esta ausencia de declaración podría generar algún tipo de indemnización a favor del cónyuge perjudicado, este supuesto será analizado en el capítulo III.

En el siguiente punto analizaremos los conceptos básicos de la filiación extramatrimonial, además determinamos las diferencias con la filiación matrimonial, considerando que el artículo N° 396, regula el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada, debemos tener en cuenta que para que el padre biológico reconozca como suyo a un hijo de una mujer casada, se requería que previamente el esposo de esta, negara la paternidad y obtuviera sentencia favorable, para que recién se determine la filiación extramatrimonial a su favor para reconocerlo como su hijo. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1377, modificó este artículo, de modo que añadió la excepción, salvo que la madre declare expresamente lo contrario, esta nueva modificatoria permite que la madre declare que el esposo no es el padre biológico, aun encontrándose vigente un vínculo matrimonial.

2.2. Filiación Extramatrimonial

⁴⁷ Artículo N° 367.- “La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.”

⁴⁸ Artículo N° 369.- “La acción se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 606, inciso I.”

2.2.1. Concepto

En la filiación extramatrimonial, no está presente la presunción de paternidad como en la filiación matrimonial, debido a que no existe un vínculo legal entre el padre y la madre. Por lo tanto, ante la ausencia del vínculo conyugal, los hijos son reconocidos como extramatrimoniales, y la diferencia no se enfoca en un aspecto discriminatorio, debido a que sin importar la existencia o no de un vínculo matrimonial, los hijos matrimoniales y extramatrimoniales tienen los mismos derechos.

“El artículo N° 386 del Código Civil, define a los hijos extramatrimoniales como aquellos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, este artículo guarda relación con lo establecido en el artículo N° 361, respecto de la presunción de paternidad matrimonial y los plazos establecidos, en el sentido que son hijos matrimoniales los nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, de modo que al no existir un matrimonio que consolide los hechos jurídicos biológicos de la concepción y del nacimiento, los hijos serán extramatrimoniales.”⁴⁹

2.2.2 Regulación y Protección de la filiación extramatrimonial en la legislación vigente

El Código Civil contempla la figura de la filiación extramatrimonial, del artículo N° 386 al 401, la cual se complementa con la Ley N° 28457, ley que regula la Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial.

La Constitución Política del Perú, establece que todos los seres humanos tienen derecho a la identidad⁵⁰, la cual va a determinar el desarrollo y desenvolvimiento de cada ser humano en el transcurso de su vida, es por ello que al ser un derecho fundamental, no existe diferencias respecto de la clasificación de filiación establecida en el Código Civil peruano, puesto que, la Constitución contempla de igual forma, la prohibición de algún tipo de mención sobre el

⁴⁹ E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia*,..., cit., pp. 156-157

⁵⁰ Artículo N° 2.- “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Congreso de la República del Perú, *Constitución Política del Perú 1993*, Perú, entrado en vigencia el 01 de enero de 1994.”

estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación en los registros civiles o cualquier otro documento de identidad⁵¹.

A continuación desarrollaremos los modos y pruebas reconocidos en el Código Civil peruano que permitirán determinar la filiación extramatrimonial.

2.2.3. Modos y prueba de la determinación de la filiación extramatrimonial

La filiación extramatrimonial se determinará de dos formas o a través de dos medios probatorios: el primer modo o prueba es el reconocimiento voluntario, éste se da cuando el progenitor, es decir, el padre o la madre, de forma libre reconoce al niño, niña, y/o adolescente como su hijo/a, se puede realizar mediante un documento legal que acredite el hecho, otro documento sería una escritura pública y por último en un testamento. El segundo modo para determinar la filiación extramatrimonial, opera ante la ausencia de un reconocimiento voluntario, y se obtiene mediante una sentencia declaratoria que establece la paternidad o maternidad en un proceso judicial de filiación extramatrimonial.

“La filiación extramatrimonial como determina el artículo N° 387 del Código Civil, considera que el reconocimiento⁵² y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial. Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de éstas.”⁵³

El artículo N° 402⁵⁴, respecto de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, también fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1377, en el inciso 6, antes no se podía

⁵¹ Artículo N° 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. Congreso de la República del Perú, *Constitución Política del Perú 1993*, Perú, entrado en vigencia el 01 de enero de 1994.”

⁵² Artículo N° 390.- “El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.”

⁵³ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Decreto Legislativo N° 295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984

⁵⁴ “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada.- 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita. 2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en

aplicar este artículo en el caso del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

En el supuesto del hijo de mujer casada, no era aplicable a pesar de que se acredite el vínculo biológico con el padre mediante una prueba de ADN, primero el esposo tenía que negar la paternidad y obtener sentencia favorable; sin embargo con la reciente modificatoria, la madre podrá declarar expresamente que el esposo no es el progenitor.

Podemos concluir que al analizar los conceptos previos de filiación matrimonial y extramatrimonial, consideramos que, si bien el artículo N.º 396 del Código Civil peruano se encuentra regulado en la filiación extramatrimonial, la modificatoria legal es un problema tanto de filiación matrimonial como extramatrimonial, específicamente en el tema de investigación de indemnización por falsa atribución de paternidad matrimonial, puesto que, por un lado se presenta el quiebre de la familia al tomar conocimiento de la ausencia de un vínculo biológico respecto del cónyuge con el niño, niña y/o adolescente y respecto de la filiación extramatrimonial porque involucra a un tercero como padre biológico, por lo tanto, concurren ambas figuras en el presente caso.

Mencionaremos las principales diferencias entre ambas figuras:

Filiación Matrimonial	Filiación Extramatrimonial
Son hijos matrimoniales aquellos que nacen de personas unidas en matrimonio, o que lo	Son hijos extramatrimoniales aquellos hijos de personas no casadas entre sí, ausentes de un vínculo matrimonial. ⁵⁵

la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia. 3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales. 4.- En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. 5.- En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable. 6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.”

⁵⁵ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil, derecho de familia*, Edisofer, Madrid, 2018, 12 ed., p. 212.

<p>estuvieron, aunque después éste hubiese acabado por la causa que fuese.</p>	
<p>La presunción <i>pater is est</i>, sólo la encontramos en la figura de la filiación matrimonial, se presume que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario, aún se mantiene la presunción de paternidad, pero se añadió ésta excepción a partir del Decreto Legislativo N° 1377.</p>	<p>En la filiación extramatrimonial no está contemplada la presunción <i>pater is est</i>, dado que es una figura que permite la presunción de los hijos matrimoniales</p>
<p>La determinación de la filiación matrimonial, es con las partidas de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres o por otro instrumento público, a falta de estas pruebas quedará acreditada por sentencia recaída en juicio.</p>	<p>En la filiación extramatrimonial, los únicos medios probatorios son el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad.</p>

La filiación en la legislación nacional vigente a partir de las recientes modificatorias dadas por el Decreto Legislativo N° 1377, permite que la madre pueda declarar que el niño, niña y/o adolescente no tiene como padre biológico a su cónyuge, pudiéndose determinar una filiación extramatrimonial a favor de un tercero, con la finalidad de proteger el derecho a la identidad de los niños, niñas y/o adolescentes.

Sin embargo, nos hacemos la pregunta, ¿qué pasaría en el supuesto en el que la madre omite dicha declaración y permite que surta efecto la presunción de paternidad matrimonial?, teniendo en cuenta que la modificatoria no ha suprimido tal presunción, de modo que los hijos nacidos en un matrimonio tienen por padre al cónyuge, valiéndose del vínculo matrimonial vigente, la madre omite declarar expresamente, a raíz de ello, ¿existiría algún

daño generado al cónyuge por parte de la esposa? O podríamos manifestar que por tratarse de un vínculo matrimonial o de una familia no podemos alegar la presencia de la figura del daño en un entorno familiar, es por ello que a continuación analizaremos si es posible la existencia del daño en las relaciones familiares.

Capítulo II – La existencia del daño en las relaciones familiares.

En el presente capítulo, analizaremos la existencia del daño en las relaciones familiares, la admisión y reparación del mismo cuando entre los miembros de una familia se vulneren derechos fundamentales.

1 Conceptos

1.1 Definición del término daño

“El daño es el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito.”⁵⁶

La Real Academia Española define el daño, como aquel detrimento, perjuicio, dolor o molestia.

“El daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso, el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido.”⁵⁷

En el siguiente punto trataremos la figura del daño o el deber de no dañar a otro que se encuentra regulado en el Código Civil peruano, y si se podría aplicarse la figura del daño en un entorno familiar.

1.2 La figura del daño en el Código Civil peruano

⁵⁶ G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario de Derecho Usual*, Atalaya, Buenos Aires, 1946, 1ª ed., p. 152.

⁵⁷ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*. Grijley, Lima, 2012, 6ª ed., tomo I, p. 712.

La responsabilidad civil tiene como base el artículo N° 1969, de la sección sexta del Código Civil peruano, el cual establece que: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Tomando en consideración el párrafo anterior, debemos hacernos la pregunta si sería aplicable la figura del daño en un entorno familiar, considerando que en toda familia podrían existir diferencias entre los miembros que la conforman, pero que pasaría cuando no se trate de simples diferencias y exista una vulneración a los derechos fundamentales, no estaríamos hablando de simples discrepancias, puesto que, conllevaría a consecuencias jurídicas por el simple hecho de no dañar a otro, y con mayor razón daños que provienen en un ambiente familiar.

El deber de no dañar a otro al encontrarse regulado en el Código Civil peruano, engloba a toda persona que genera un daño a otra, no establece ningún tipo de distinción o excepción que impida su aplicación a un caso en concreto, por lo tanto, es aplicable en el supuesto de que exista algún tipo de daño entre los miembros de una familia.

2 Admisión y reparación de daños en el entorno familiar

En el presente sub capítulo, analizaremos la admisión y reparación de daños entre familiares analizando la tesis denegatoria y permisiva.

“En las relaciones familiares, es decir entre personas unidas por un vínculo matrimonial o de parentesco- cónyuges, progenitores, hijo, etc.,- o, eventualmente, entre personas vinculadas por lazos de convivencia y afectividad- como sería en las uniones de hecho-, es posible que se produzcan daños o perjuicios, como consecuencia de la infracción de deberes familiares-conyugales o paterno filiales-y que, por su gravedad, además, pueden afectar o lesionar derechos fundamentales de uno o más integrantes de la familia.”⁵⁸

⁵⁸ J. MOSSET ITURRASPE, Prólogo, en G. MEDINA, *Daños en el derecho de familia*, Santa Fe, 2008, p. 10

En el Derecho de Familia antiguamente no era posible atribuir daños en el entorno familiar y por lo tanto, no existía algún tipo de responsabilidad civil⁵⁹, puesto que las familias se encontraban protegidas por el principio de inmunidad familiar, considerando que los miembros que forman parte de una familia viven en un ambiente de armonía, paz y tranquilidad; el simple hecho de considerar que exista daño entre familiares, desestabilizaría el concepto o las bases en las que se sostiene una familia. Sin embargo, debemos considerar que cada persona es un ser individual con autonomía, aquella que no se pierde cuando uno es parte de una familia.

“El derecho de familia ha evolucionado de manera vertiginosa en los últimos años, la concepción de la familia como una estructura jerarquizada ha sido relegada, y se abre paso una concepción igualitaria entre sus miembros, se reconoce la autonomía de cada uno de los integrantes de la familia.”⁶⁰

En la actualidad no existe ningún reglamento o norma que prohíba la aplicación de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia de la legislación peruana, ante la existencia de un daño, no impide que, por tratarse de un vínculo familiar, aquel que sufrió el daño no pueda ser indemnizado, como consecuencia de un hecho generado directamente por otro miembro.⁶¹

Al no existir algún tipo de excepción estipulado que prohíba la aplicación de la figura del daño en el entorno familiar, permitirá que del mismo modo como se aplicaría el artículo N° 1969 respecto de aquel tercero que genere un daño a algún miembro de la familia, de igual forma sería aplicable cuando sea proporcionado directamente en el entorno familiar por

⁵⁹ “La responsabilidad se funda en el principio general del derecho *alterum non laedere*, impone el deber de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás. En la sociedad aquel que genera un daño a otro está obligado a responder y a reparar respecto de ese daño, y basándonos en el principio general, el no causar daño a los demás, es la regla principal de los que gobiernan la convivencia humana, ante la existencia de un daño, tiene como resultado una sanción, es una reacción del Derecho para facilitar la represión del daño.” Cfr. M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Daños derivados de las relaciones familiares*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p.88

⁶⁰ Cfr. C. LEPIN MOLINA, “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”, en D. VARGAS ARAVENA (coord.), *Responsabilidad Civil y Familia*, Thomson Reuters La ley, Chile, 2014, p. 402.

⁶¹ “El principio general de responsabilidad civil, al igual que su demás normativa, no contiene ninguna norma particular o especial que exceptúe su aplicación cuando los daños sean causados en el ámbito familiar, el hecho de que el daño se produzca entre sujetos pertenecientes a una familia no es obstáculo para la común aplicación de la normativa de responsabilidad civil”. C. LEPIN MOLINA, “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”,... cit., 425.

alguno de los miembros que la conforman hacia otro, para ello previamente se tendrá que analizar los presupuestos de la responsabilidad civil y así determinar la existencia del daño.

“Aquellos supuestos en que la conducta dañosa de un tercero ajeno a la familia habría atribuido a la víctima el derecho a presentar una reclamación de daños, lo mismo debe suceder con respecto al cónyuge causante de esos daños. En consecuencia tanto si incurrió en dolo como en culpa, un cónyuge puede ser responsable frente al otro si un tercero lo sería en las mismas circunstancias”.⁶²

En el siguiente punto analizaremos que a partir de la evolución del concepto de familia y de la necesidad de adaptarse a una nueva realidad surge la admisión de daños entre familiares, de modo que se protege al individuo como miembro de una familia.

2.1 Admisión de daños entre Familiares

La familia es el primer lugar en donde descubrimos los afectos, emociones, aspiraciones, etc. Sin embargo también existen diferencias entre los miembros de la familia como parte de la convivencia, que pueden surgir a raíz de malas decisiones o conductas que podrían calificarse como lesivas afectando a derechos irrenunciables, aquellas conductas generarían consecuencias jurídicas, las cuales tienen que ser reparadas incluso tratándose de conductas lesivas por algún familiar a otro.

“El derecho de familia es, indudablemente, la parte del Derecho civil más humana. Es el derecho de los afectos, de las emociones, de las aspiraciones, de los deseos, de las profundas convicciones o creencias personales éticas o religiosas de la persona en su encuentro con otra(s) persona(s) como cónyuge/pareja y/o progenitor/descendiente. Sin embargo cuando la armonía familiar resulta alterada o, incluso, destruida por sus propios integrantes mediante conductas lesivas de derechos irrenunciables de otro ser querido, se plantea la existencia de la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados y sufridos dentro del círculo doméstico de la familia, no bastando el mero reproche de carácter moral o social”.⁶³

⁶² Cfr. M. MARTÍN CASALS, “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”, *Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado*, N° 2, vol. 64, 2011, p.531

⁶³ I. VIVAS TESÓN, Daño en las relaciones familiares, *Pensar, fortaleza*, N° 2, vol. 17, 2012, p. 526.

La admisión de daños entre familiares como hemos analizado estaba resguardado por una inmunidad familiar, pretendiendo proteger directamente a la familia, al considerar que al aceptar la existencia de daños entre miembros de una familia generaría desestabilidad. Sin embargo, consideramos que cada persona que forma parte de un grupo familiar, tiene derechos individuales los cuales no se pierden ni se eliminan cuando uno forma parte de una familia.

“La moderna concepción de la familia lleva a la protección del interés individual por encima del interés familiar, siempre que dicho interés tenga como base el ejercicio de un derecho fundamental, muchas de las conductas sobre las que se plantea la posibilidad de reclamar tienen un componente intencional, como puede ser impedir las relaciones personales con el otro cónyuge, ocultar la no paternidad biológica.”⁶⁴

El artículo N° 1969 del Código Civil peruano, va a englobar aquellos supuestos que no se encuentren contemplados específicamente en el libro de Derecho de Familia, considerando que existen sanciones establecidas como sería el caso del divorcio por razón del adulterio, sin embargo cuando no se encuentren contemplados ciertos supuestos en donde exista un daño entre familiares se podrá aplicar el principio *alterum non laedere*, por la simple razón de que no está permitido dañar a otro y que no existe ningún tipo de inmunidad entre familiares.

“La familia en nuestros días, es lugar de autorrealización y desarrollo de la personalidad del individuo, razón por la cual la cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones internas familiares conecta directamente con la resarcibilidad de la lesión de los derechos fundamentales e irrenunciables de la persona (salud, integridad física y psíquica, intimidad, honor, imagen, libertad sexual etc.) reconocidos y garantizados, tanto a título individual como en cuanto miembro de una familia. Es el derecho al yo, el cual no puede verse lesionado, restringido o anulado en modo

⁶⁴ E. ROCA, “Daños en el derecho de familia”, en D. VARGAS ARAVENA (coord.) *Responsabilidad Civil y Familia*, Thomson Reuters La ley, Chile, 2014, p. 95.

alguno por formar parte de una familia, que es, precisamente, el vehículo más importante de realización plena de la persona.”⁶⁵

La familia es la célula básica de la sociedad, considerando que es el primer lugar en donde uno va a desarrollarse como ser humano, y a la vez es el lugar en el cual vamos a encontrar afecto, amor, solidaridad y una anhelada unidad familiar, pero sin embargo qué sucedería cuando aquellos fines que determinan una familia se ven quebrantados por acciones de alguno de los miembros de la familia respecto de otro y a pesar de ello se pretenda insistir en conservar una familia en la que se encuentra presente un daño inevitable, generando un ambiente inestable a raíz de una conducta que atenta contra los derechos fundamentales de algún familiar como el derecho a la identidad, al nombre, a la intimidad, entre otros, es injusto pretender que la aludida célula básica subsista aun a costa del sufrimiento de quienes la integran dando lugar a un mecanismo de inmunidad de los individuos dañadores. Por este motivo la admisión del resarcimiento del daño cumple, en estos supuestos, la doble función, por cuanto, a la par que posibilita la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas, en un caso determinado, establece y propicia parámetros de conductas sociales que deben ser evitadas por los miembros de la sociedad.⁶⁶

La admisión de daños entre los miembros de una familia, ha generado que existan dos posturas o tesis respecto del tema en particular, por un lado está la tesis denegatoria y por el otro la tesis permisiva, es por ello que en el siguiente punto analizaremos ambas tesis y cuál es la que asumiremos en el desarrollo del tema de investigación.

2.2 . Reparación de los daños en el derecho de familia

2.2.1 Tesis denegatoria

Esta teoría niega la posibilidad de que exista una reparación de daños entre familiares basada en diversas razones que desarrollaremos en éste punto.

⁶⁵ I. VIVAS TESÓN, Daño en las relaciones familiares, *Pensar, fortaleza*, N° 2, vol. 17, 2012, p. 531.

⁶⁶ Cfr. L. FUMAROLA, El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares, *La ley*, 201, p.4. Disponible en: < https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Fumarola_EL-RESARCIMIENTO.pdf > Consultado: 02/07/2021.

La inmunidad familiar es el primer argumento: “Éste régimen de inmunidad y privilegio matrimonial, tendría su origen en una costumbre social, en una regla moral que impide que se litigue por hechos cometidos dentro de la familia, pues de no ser así implicaría la desnaturalización de los principios que la constituyen.”⁶⁷

El segundo argumento de la tesis denegatoria, es el carácter de especialidad que se le otorga al Derecho de Familia, el cual excluye la aplicación de sanciones distintas a las contenidas en sus normas, no siendo aplicable las normas generales de responsabilidad civil, se deben considerar sólo las sanciones que el Derecho de Familia establece para cada situación, como por ejemplo, el divorcio, la separación de bienes, etc.⁶⁸

El tercer argumento: “Es que la aceptación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, podría tener como consecuencia el abuso de los eventuales derechos resarcitorios que se podrían reconocer al miembro de una familia, y la existencia de casos que no tienen mayor sustento jurídico.”⁶⁹

El cuarto argumento es el principio *non bis in ídem*, considerado como una razón para la no aplicación de una reparación de daño en el entorno familiar, bajo el fundamento de impedir una doble sanción, una por parte del Derecho de familia y otra por parte del Derecho de Daños.⁷⁰

⁶⁷ Cfr. P. MENDOZA ALONZO, “Daños morales por infidelidad matrimonial, un acercamiento al derecho español”, *Revista chilena de derecho y ciencia política*, vol. 2, N° 2, 2011, p. 43. <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:AR.CL+inPlanOnly:1+fulltext+in+plan:1+content+type:4/falsa+atribuci%C3%B3n+de+paternidad/p2/WW/vid/431706590>

⁶⁸ Cfr. C. LEPIN MOLINA, “*Responsabilidad Civil y Familia...*”, cit., 414.

“En el libro III del Código Civil, determinar supuestos típicos de conductas prohibidas expresa o tácitamente por normas jurídicas específicas del derecho de familia; sin desconocer que esa responsabilidad civil familiar también puede surgir de conductas, no sólo previstas específicamente en una norma jurídica, sino que por sí mismas sean contrarias a derecho o antijurídica por contravenir el orden público o las buenas costumbres, o una o varias normas imperativas, o el criterio social predominante.” Consultar en: (1.- A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, “Manual de Derecho de Familia”, *Gaceta Jurídica*, 2002, p. 381. 2. A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, “El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor –o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación”, *Revista Diké PUCP*, p.55. Disponible en < http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF)

⁶⁹ Cfr. M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p. 106.

⁷⁰ Cfr. C. LEPIN MOLINA, “*Responsabilidad Civil y Familia...*”, cit., p. 417.

El análisis previo de los cuatro argumentos que tienen como base la tesis denegatoria respecto de la admisión de daños en el Derecho de Familia, serán tratados siguiendo ese orden en el siguiente punto, pero enfocados desde la tesis permisiva.

2.2.2 Tesis permisiva

“La evolución del concepto de inmunidad familiar ha generado que se valore los derechos individuales entre los miembros de una familia, es por ello que en base a la doctrina de los actos propios el causante del daño no podría pretender liberarse de su responsabilidad- alegando la preservación de la armonía familiar-, en tanto se trata de una situación que él mismo originó. Además, ¿podría pensarse, acaso, que por tratarse de un daño entre familiares, causado por uno y sufrido por otro, el mismo pierde el carácter de “injusto”? ¿Cabría aceptar que la condición de “familiar” otorga una especie de derecho a dañar?”⁷¹

El segundo argumento sobre la pretendida especialidad del Derecho de Familia, se demuestra que cuenta con sus propias herramientas para solucionar los inconvenientes que se presenten, pero no restringe la aplicación en su ámbito de las normas generales sobre responsabilidad civil.⁷²

En el libro de Derecho de Familia del Código Civil peruano, no existe algún tipo de prohibición respecto de la aplicación de la teoría de los daños en el ámbito familiar, es por ello que el artículo N° 1969⁷³, puede ser aplicado al tratarse de un supuesto de daño moral entre familiares en donde se tenga que indemnizar a una de las partes.

⁷¹ “No es tolerable hoy permitir una impunidad absoluta o relativa en razón de vínculos matrimoniales o familiares. Estimamos que, lejos de ser un privilegio, el vínculo familiar genera obligaciones de protección y cuidado, que estarían más cerca de constituir una causa agravante de la conducta que una causal de eximente de responsabilidad.” C. LEPIN MOLINA, *“Responsabilidad Civil y Familia...”, cit., p. 423.*

⁷² Cfr. M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p. 99.

⁷³ Artículo N° 1969: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”

“El artículo N° 1969, que hace referencia al principio *alterum non laedere*, es una disposición de redacción abierta, sin una lista taxativa de supuestos resarcibles, con conceptos igualmente abiertos, admite la inclusión de los daños entre familiares.”⁷⁴

“El Derecho Civil es el derecho común de aplicación supletoria, conforme lo prescribe el artículo IX del título preliminar, las disposiciones del Código Civil peruano se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.”⁷⁵

“Las normas relativas al Derecho de Familia no son exclusivas y excluyentes, por el criterio de especialidad serán de aplicación preferente, no excluyen la posibilidad de aplicar normas de carácter general cuando no exista una regulación más específica.”⁷⁶

En el tercer argumento respecto de darse la existencia de demandas banales, sería función de los jueces determinar en base a las reglas fijadas sobre procedencia y admisibilidad contenidas en el Código Procesal Civil, qué demandas que reclaman la tutela de dichos daños, superan el juicio de responsabilidad, y cuáles no. El riesgo de incremento de reclamaciones puede aminorarse si se perfila adecuadamente en qué casos y bajo qué condiciones se indemniza el daño.⁷⁷

Por último, el cuarto argumento en contraste con la tesis denegatoria que manifiesta que se estaría violando el principio *non bis in ídem*, pondremos como ejemplo el divorcio y la posible acción de violencia familiar, para ello citaremos al autor Lepin Molina:

“Es difícil sostener que la alternativa de pedir el divorcio o eventualmente ejercer una acción de violencia intrafamiliar constituya una infracción al *non bis in ídem* respecto al agente. El divorcio es solo una causal de término del matrimonio y la situación de la violencia intrafamiliar, es similar al ilícito penal, con penas de multa

⁷⁴ M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p. 103

⁷⁵ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Decreto Legislativo N° 295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984

⁷⁶ V. NEVADO CATALÁN, “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 2018, p. 6.

⁷⁷ Cfr. M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p. 107.

en algunos casos y en otros privativas de libertad. De todas formas, no se trataría de una situación muy distinta a otras disciplinas como el Derecho Penal, donde queda a salvo la posibilidad de accionar civilmente.”⁷⁸

Una vez desarrolladas ambas tesis, mencionaremos brevemente las razones por las que hemos decidido asumir la tesis permisiva, en primer lugar, la familia debe adaptarse a los cambios constantes que se dan en la realidad, ello implica que se debe proteger a cada individuo que forma parte de una familia, y que se debe rechazar todo argumento respecto de la inmunidad familiar o de preservar la armonía familiar, considerando que es la familia el primer lugar en donde uno debe sentirse seguro, debemos pensar que un daño directo hacia algún miembro de la familia generaría aún más daño que aquel causado por un tercero, enfocándonos en la esfera personal.

“En ningún caso el mero hecho de que la persona causante del daño y la víctima sean familiares puede exonerar al primero de la obligación de compensar el daño causado, es evidente que la protección que proporcionan las reglas de responsabilidad civil no puede negarse porque la víctima y la persona responsable estén vinculados por lazos familiares, no puede sostenerse que la existencia de lazos familiares con la víctima comporte la exoneración de responsabilidad por daños que, de haber sido ocasionados por personas ajenas al ámbito familiar, obligarían a estas a indemnizarlos, ¿Dónde radica la discrepancia?”⁷⁹

No podríamos considerar algún tipo de exoneración de responsabilidad por daños en el ámbito familiar, considerando que en aquellos casos entre terceros en donde no exista un vínculo familiar y que al analizar los presupuestos de la responsabilidad civil se obtiene como resultado evidente un daño, este podrá ser indemnizado, de igual forma será aplicado en el ámbito familiar.

“No cabe duda que en el interior de una familia, los actos de algunos de sus miembros pueden causar daño a otros de sus miembros. Estas situaciones son en todo similares a las que

⁷⁸ Cfr. C. LEPIN MOLINA, D. VARGAS ARAVENA, “*Responsabilidad Civil y Familia...*, cit., p. 417.

⁷⁹ Cfr. M. MARTÍN CASALS, “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”, *Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado*, N° 2, vol. 64, 2011, p.526.

sucedan fuera del ámbito doméstico y que hubiesen sido objeto de responsabilidad extracontractual sin ninguna duda, en el caso de que no hubiese mediado el aspecto de la relación familiar.”⁸⁰

Es por ello que al admitir la aplicación de la figura del daño en las relaciones familiares servirá como un antecedente, con el fin de que una vez que se reconozca el daño pueda ser reparado y de igual forma será una advertencia para que todas las personas, específicamente los miembros de una familia tomen en cuenta al momento de realizar ciertos actos que atenten contra algún derecho fundamental de algún familiar, serán conscientes de que todo daño puede conllevar a consecuencias jurídicas incluso si el dañado o afectado es algún miembro de la familia.

De igual forma respecto del segundo argumento, el carácter de especialidad del Derecho de Familia, consideramos que si bien existen sanciones establecidas cuando se presenten ciertas controversias entre los miembros de una familia, como por ejemplo el divorcio en caso del adulterio; no ocurrirá lo mismo en aquellos casos en donde no se han establecido sanciones en el Derecho de familia, dado que al no encontrarse estipulado no podríamos considerarlo como consecuencia de un daño. Es por este motivo que rechazamos la postura de la tesis denegatoria, considerando que no existe ninguna prohibición sobre la aplicación de la figura del daño en las relaciones familiares.

El libro de Derecho de familia y la responsabilidad civil forman un conjunto unitario, así como los demás libros que se encuentran regulados en el Código Civil, generando un ordenamiento jurídico, permitiendo que todo sea coherente y por lo tanto aplicable a cada caso en concreto en el que se llegue a probar la existencia del daño

“La expresión ordenamiento jurídico alude a un conjunto unitario y coherente de normas jurídicas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito determinado. En tal sentido, el ordenamiento jurídico no es un conjunto yuxtapuesto, atiborrado y caótico de preceptos o

⁸⁰ F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, Fondo editorial PUCP, Lima, 2001 vol. IV, tomo I, p.287.

normas jurídicas, sino que reconocen un fundamento común de validez, que a su vez les permite ser coherentes e íntegras.”⁸¹

Es por ello que al ser considerado un ordenamiento jurídico permite que los principios generales de la responsabilidad sean aplicados ante una controversia entre familiares que vulneren los derechos individuales de cada miembro como ser humano.

“Por último cabe decir que la – especialidad- otorgada al derecho de familia para nada obsta la aplicación de los principios generales de la responsabilidad sino al contrario, los interés axiológicamente superiores que el mismo protege se resguardan en tanto respondan civilmente quienes los lesionan.”⁸²

Es por estas razones que consideramos que la aplicación de la figura del daño o de la responsabilidad civil es aplicada en cualquier tipo de situación que se presente en un ambiente familiar, como ya mencionamos siempre y cuando al analizar cada presupuesto de la responsabilidad civil se obtenga como resultado la existencia de un daño evidente.

El tercer argumento de la tesis denegatoria respecto de las demandas banales, en primer lugar, para contradecir este argumento debemos partir de la responsabilidad de los jueces, considerando que son los encargados de establecer parámetros que estén conforme al ordenamiento jurídico, analizando los presupuesto de la responsabilidad civil, para poder aplicarlos conforme a la ley y a la justicia.

“De la misma forma, argumentar la inadmisibilidad para evitar demandas triviales, simplemente presume la falta de buen criterio de los eventuales demandantes –cónyuges, padres e hijos- y de sus abogados.”⁸³

⁸¹ Y. OTAROLA ESPINOZA, *Incumplimiento de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil*, Ubijus, Madrid, 2016, p.102.

⁸² G. MEDINA, “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado de Argentina”, *Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano*, Argentina, N° 3, 2015, p. 29.

⁸³ A. RODRIGUEZ GUITIÁN, Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales, *Revista Chilena de Derecho*, N° 1, vol. 37, 2010, p. 88.

Como mencionamos en párrafos precedentes para poder determinar la existencia del daño justamente con el fin de evitar demandas banales o sin sustento jurídico es necesario que para ello se analice cada presupuesto de la responsabilidad civil con el fin de que se pueda determinar e identificar la existencia del daño, y en especial el buen criterio por parte de los jueces al momento de analizar cada caso en particular.

El cuarto argumento, el principio *non bis in ídem*, no se presentaría ante la existencia de un daño entre familiares, como indica la tesis denegatoria, considerando el supuesto de una falsa atribución de paternidad conllevaría que al presentarse la acción de negación de paternidad se llegue a probar que en realidad no existía un vínculo biológico entre el supuesto padre y el niño, niña y/o adolescente, teniendo como principal consecuencia una sentencia firme que sirve de prueba respecto de la ausencia de una filiación matrimonial y permitiría que el cónyuge pueda alegar una indemnización como consecuencia de que le atribuyeron una falsa paternidad.

“No estaríamos ante una doble sanción considerando que respecto del Derecho de familia y la responsabilidad civil tienen características propias y parámetros establecidos, es por ello que no podríamos hablar de una vulneración al principio *non bis in ídem*, porque cada sanción aprecia un aspecto distinto del obrar antijurídico; el divorcio, el aspecto familiar y la indemnización; el aspecto patrimonial, que conlleva a un aspecto moral o económico.”⁸⁴

Al analizar ambas tesis y adoptando la tesis permisiva, en la cual es admisible la existencia de la figura del daño en el entorno familiar, y como mencionamos en el desarrollo del capítulo II, siempre se podrá determinar el daño a partir de un análisis de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, es por ello que en el supuesto de una falsa atribución de paternidad matrimonial podría existir un daño directo, en el siguiente punto analizaremos la conducta dañosa por parte de la esposa al atribuir una falsa paternidad, partiendo desde la infidelidad, incertidumbre de la paternidad del niño, niña y adolescente y la ocultación respecto de la paternidad matrimonial.

⁸⁴ J. MOSSET ITURRASPE, “Los daños emergentes del divorcio” en Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial, *La Ley*, 2007, tomo IV, p. 669.

Capítulo III – Atribución de falsa paternidad y daño moral

1. Análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil a partir de una falsa atribución de paternidad

En el capítulo I se analizó aquellas modificaciones respecto del Derecho de Familia, sobre la presunción de paternidad y el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada estipulado en el artículo N° 396 del Código Civil peruano, el cual antes de la modificatoria establecía lo siguiente: *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable,”* (Texto anterior)

A partir del Decreto Legislativo N° 1377 el artículo N° 396 determina que: *“El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando ésta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.”* (Texto vigente)

La modificación del artículo N° 396, resguarda y protege el derecho a la identidad, permitiendo el reconocimiento de un hijo extramatrimonial de mujer casada, considerando que la madre podrá declarar expresamente lo contrario, es decir, podrá expresar y manifestar ante el registro público que el cónyuge no es el padre biológico.⁸⁵

⁸⁵ Hasta antes de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1377, el ordenamiento peruano no recogía ninguna norma de la que pudiera inferirse la posibilidad de destruir la presunción de paternidad fuera de la vía judicial. Es decir, no había forma de alegar la verdad biológica en el ámbito extrajudicial para contradecir la paternidad del marido determinada por presunción. Esta debía ser impugnada en la vía judicial mediante la acción correspondiente. Consultar en: Actualidad civil. Instituto Pacífico, Derecho de familia: las últimas modificaciones al libro de familia. Disponible en: < <https://actualidadcivil.pe/revista/32f9fb89-92a4-4623-9a49-f46d1f25d6ac?goTo=las-consecuencias-juridicas-a-la-nueva-capacidad-juridica-la-conciliacion-la-impugnacion-de-paternidad-y-el-derecho-a-la-inscripcion-en-el-registro-a-partir-del-decreto-legislativo-no-1377-c871229d-4b74-47a9-8fd8-800138b15507&menu=derecho-civil&menu-item=6a1f476d-0645-4911-b697-de292aacc113&q=Decreto%20legislativo%20N%C2%B0%201377> > Consultado: 03/03/2021

A partir de su reciente modificatoria, el artículo N° 396⁸⁶ permite que un tercero pueda reconocer al hijo o hija de mujer casada, una vez que la madre haya declarado que no tiene por padre al cónyuge, el padre biológico podrá reconocer al niño, niña y/o adolescente, considerando que el Decreto Legislativo N° 1377 salvaguarda el derecho a la identidad y a un nombre, y que a pesar que exista un vínculo matrimonial el cual se rige por la presunción de paternidad matrimonial, ahora prima lugar la identidad del niño, niña y adolescente.⁸⁷

La declaración de la madre va a permitir que se pueda reconocer al hijo como extramatrimonial, cuyo registro puede darse en el instante en que la madre declara quién es el padre biológico o de manera independiente valiéndose de esta declaración para llevar a cabo el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada.⁸⁸

Sin embargo, consideramos que aun teniendo el legislador la intención de proteger la identidad del niño, al otorgarle la facultad a la madre de declarar expresamente que el esposo no es el padre biológico, surge la pregunta, qué sucedería si por diversas circunstancias o factores la madre teniendo conocimiento que el niño o niña no tiene como padre biológico al cónyuge, omite dicha declaración permitiendo que surta la presunción de paternidad matrimonial y, consecuentemente se reconozca la filiación matrimonial.

⁸⁶ El artículo N° 396, conjuntamente con el artículo N° 404, ha estado siendo inaplicado por sentencias judiciales como la Casación N° 2726-2012-Del santa. “La paternidad de una menor de edad, hija matrimonial puede serle reconocida a persona distinta del marido siempre que así lo justifique el principio del interés superior del niño que asiste a la involucrada. Según criterio de la Sala Suprema; y si bien la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, ésta no es de fuerza absoluta, admitiendo prueba en contrario y siempre a partir del caso en concreto”. Consultar en: Casación N° 2726-2012- Del santa. “Se resolvió prefiriendo la norma contenida en el artículo N° 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado que consagra el derecho de toda persona a su identidad y artículos N° 3 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; por sobre los artículos N° 396 y 404 del Código Civil; uno de los argumentos alegaba que frente a la evidencia biológica, las presunciones legales y/o posesión de estado pierden importancia.” Consultar en: 1) Primer Juzgado de Familia del Distrito Judicial del Santa-Expediente N° 2003-0839-251801-JF01. 2) Consulta N° 370-2005-Chimote de fecha 18 de abril de 2005.

⁸⁷ “Las niñas, niños y adolescentes conforman una población vulnerable; ello debido a que por su edad afrontan situaciones de indefensión, desventaja o discriminación para satisfacer sus necesidades básicas y hacer efectivo el ejercicio de sus derechos y libertades, por lo que requieren medidas que les garanticen su protección y desarrollo integral. Es por ello que la primacía del derecho de la identidad del niño, niña y adolescente es el objeto del Decreto Legislativo N° 1377, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos, priorizando las medidas de protección a su favor.” En: Decreto Legislativo N° 1377 < <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-fortalece-la-proteccion-integral-de-decreto-legislativo-n-1377-1684460-1/> >

⁸⁸ Se señala que, estando presente la madre y el progenitor, se puede llevar adelante el reconocimiento, y solo por el progenitor cuando en la declaración del hecho del nacimiento, la madre ha declarado que su hijo es de su marido sino de otra persona. En: Actualidad civil. Instituto Pacífico, Derecho de familia: las últimas modificaciones al libro de familia.

Una de las posibles consecuencias de la modificatoria del artículo N° 396, es que la facultad que actualmente tiene la esposa pondría en desventaja a los cónyuges, dado que la esposa al tener la posibilidad o la opción de declarar expresamente que el esposo no es el padre biológico y de no llevarla a cabo, dejando que surta efecto la presunción de paternidad matrimonial, le estaría generando un daño directo al cónyuge, claramente estaríamos ante un supuesto en el que existe la intención de atribuir la paternidad a quien no le corresponde.

La esposa al atribuirle una falsa paternidad al cónyuge le estaría generando un daño a nivel personal, considerando que el vínculo paternal es algo íntimo que engloba sentimientos, dado que el padre, al reconocer al hijo o hija matrimonial, lo hizo de buena fe. Sin embargo, es la esposa la que omite tal declaración, teniendo como consecuencia un daño directo no solo al esposo de igual forma genera un daño al niño, niña y adolescente considerando que al no declarar que el cónyuge no es el padre biológico, teniendo pleno conocimiento de ello, estaría vulnerando no solo el principio *alterum non laedere*, el derecho de no dañar a su esposo, de igual forma estaría vulnerando el derecho a la identidad del hijo o hija.⁸⁹

La madre al no declarar expresamente que el esposo no es el padre biológico, vulnera principalmente el interés superior del niño⁹⁰, y los derechos del niño, niña o adolescente, afectando directamente el derecho a la identidad y a vivir en una familia, los cuales se

⁸⁹ “El hecho de que una persona no conozca sus orígenes- o, peor aún que se le oculte, constituye una violación a su dignidad, al derecho a la identidad, a la información y a la salud (la persona no podría estar advertida de las enfermedades hereditarias que podría tener). Es por ello que, cualquier solución que se plantee a la cuestión de la evidencia biológica frente a la presunción de paternidad matrimonial, debe partir de la consideración del principio del interés superior del niño.” Cfr. R. CÁRDENAS KRENZ, E. CÓRDOVA PEREZ, “Negación de la paternidad del marido por parte de la esposa, comentarios sobre algunas recientes modificaciones al Código Civil”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 64, 2018, p. 124.

De igual forma la preservación de la identidad está regulado en la Convención de los Derechos del niño en el artículo N° 8: “1) Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.2) Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

⁹⁰ “El interés superior del niño está regulado en la Convención de los Derecho del Niño, en el artículo N° 3, todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.” Asamblea General de la ONU, *Convención de los Derechos del Niño*, celebrada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de septiembre de 1990.

encuentran regulados en los artículos 6⁹¹ y N° 8⁹² del Código de los Niños y Adolescentes, y en la Ley N° 30466⁹³, la cual establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

La falsa atribución de paternidad matrimonial tendrá como consecuencia principalmente la existencia de un daño directo siendo el principal afectado el cónyuge, para ello es necesario analizar los conceptos de la figura de la responsabilidad civil así como cada uno de los presupuestos, para que en base a éstos se pueda determinar una indemnización en el Derecho de Familia.

Empezaremos por definir la responsabilidad civil; “es aquella técnica de tutela civil de los derechos u otras situaciones jurídicas, que tiene por finalidad imponer al responsable la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado⁹⁴. El Código Civil peruano adopta un sistema binario, la responsabilidad contractual, en el libro VI y la responsabilidad extracontractual, en el libro VII.”⁹⁵

⁹¹ Artículo N° 6.- “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

⁹² Artículo N° 8.- “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.”

⁹³ Artículo N° 1.- La presente norma tiene por objeto regular los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos, procedimientos y demás actuaciones del Estado o entidades privadas que concierne a niñas, niños y adolescentes.”

⁹⁴ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, Instituto Pacífico, Lima, 2019, Tomo I, p. 63

⁹⁵ “La responsabilidad contractual, es la que regula el resarcimiento del daño causado por la inexecución de las obligaciones contractuales y la responsabilidad extra contractual es el que regula la indemnización por el evento dañoso.” (F. VIDAL RAMÍREZ, “La responsabilidad civil”, *Revista Derecho PUCP*, N° 54, 2001, p.396.). “Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria se está frente a la responsabilidad civil contractual u obligacional. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, se está frente a la responsabilidad civil extra contractual, la responsabilidad civil familiar se encuentra en este último punto.” (A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, “El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor –o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación”, *Revista Díke PUCP*, p. 54. Disponible en <http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF> Consultado: 14/03/2021)

Consideramos que al tratarse de un daño en el Derecho de Familia entre los cónyuges, a raíz de la existencia de un vínculo matrimonial, considerado como una institución natural y cultural estaríamos frente a una responsabilidad extracontractual, ante la ausencia de un contrato y la existencia del deber de no dañar, estipulado en el artículo N° 1969.⁹⁶

La Responsabilidad Civil al ser considerada un sistema binario en el que existen dos aspectos distintos por un lado la Responsabilidad Civil Contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuridicidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados. Sin embargo, la diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad radica en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada, es decir aquella que nace de la voluntad de un sujeto y en el otro el daño es producto del incumplimiento del deber jurídicos genérico de no causar daño a los demás, son obligaciones genéricas, insertas dentro del Sistema del Derecho.⁹⁷

El Matrimonio si bien es un acto que nace de la voluntad del sujeto, posteriormente no está regulado por la voluntad propiamente dicha, no es la libertad de los cónyuges la que va a determinar el objeto del Matrimonio, considerando que está regulado en el Código Civil, no son obligaciones configuradas por la autonomía privada, son obligaciones legales establecidas partiendo del deber genérico de no dañar.

El deber genérico de no dañar es el que nos permite ubicarnos ante una Responsabilidad Civil Extracontractual, si bien el Matrimonio nace de la voluntad y para ello analizaremos brevemente cada elemento de la responsabilidad civil con el fin de aplicarlos en el entorno familiar o el Derecho de Familia. Los requisitos o elementos esenciales de la responsabilidad civil son cuatro:

1.1 Antijuridicidad en la atribución de falsa paternidad

La división del daño contractual y extracontractual permite un gran desarrollo, sin embargo, en el presente tema de investigación nos enfocaremos en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil producto del daño que se pueda generar al cónyuge, producto de una falsa atribución de paternidad.

⁹⁶ HERVADA, Javier. Diálogos sobre el amor y el matrimonio. 4ta edición, Editorial EUNSA, Pamplona, 2007, p. 168.

⁹⁷ L. TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil Contractual y Extracontractual. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, 2° ed., p. 31.

La antijuridicidad es: “aquel elemento objetivo que contraviniendo o transgrediendo un deber legal (reglas y principios) u obligación contractual, sin que medie una causa o justificación, causa un daño a otro. Por ejemplo, en el Derecho de Familia, el hecho de no reconocer voluntariamente un hijo, inscribir como propio un hijo ajeno, entre otras conductas.”⁹⁸

La antijuridicidad puede presentarse en una conducta atípica o genérica, son conductas prohibidas o no permitidas sin especificidad estricta ni taxativamente descritas, a aquellas conductas se les aplica los artículos N° 1969⁹⁹, 1970¹⁰⁰ y 1985¹⁰¹ del Código Civil peruano, es por ello, que existirán conductas contrarias al ordenamiento jurídico que se encuentran reguladas como tal, pero también existirán aquellos supuestos o conductas no descritas, para ello se aplicará el principio *alterum non laedere*. Las excepciones a los hechos antijurídicos permitidos, se encuentran regulados en el artículo 1971¹⁰².

El Decreto legislativo N° 1377, tiene como función principal velar por el interés superior del niño, puesto que, antes de éste, no se podía reconocer a un hijo extramatrimonial de mujer casada, sin previa negación del cónyuge y mediante una sentencia firme, pero a partir de este Decreto a pesar de otorgar esta facultad a la madre, decide no declarar quien es el padre biológico, dejando que sea el cónyuge quien reconozca al supuesto hijo matrimonial, a pesar de que podía establecer una paternidad legal sustentada en la verdad biológica, optó por generarle un daño al cónyuge, atribuyéndole una falsa paternidad.

⁹⁸ Cfr. M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p. 118.

⁹⁹ Artículo N° 1969.- “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”

¹⁰⁰ Artículo N° 1970.- “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.”

¹⁰¹ Artículo N° 1985.- “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.”

¹⁰² Artículo N° 1971.- “No hay responsabilidad en los siguientes casos: 1.- En el ejercicio regular de un derecho, 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno, 3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro, inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.”

El hecho generador del daño parte de la omisión por parte de la cónyuge, como indica el autor Hedemann, cuando el agente prevee el resultado, es decir, teniendo conocimiento de la ausencia del vínculo biológico, considera las medidas necesarias para que no surta efecto la presunción de paternidad y evitar atribuir una falsa paternidad que no guarde relación con el principio biológico, consecuentemente de no manifestar expresamente la ausencia del vínculo biológico, generará un daño directo al cónyuge con esta omisión dolosa, es por ello que indicamos que el agente pudo prevenir el resultado claramente, pero no lo tomó como fin de su voluntad. Es suficiente que no haya sido previsto el resultado (contrario a derecho), esto es, que el agente haya tenido conciencia de la relación causal de su acto.¹⁰³

El artículo N° 1985 contempla que el daño es por una acción u omisión, el que incumple dolosamente y el que comete el delito incurren en hecho u omisión ilícitos. La característica común de la triple función del dolor está en la mala fe, ya sea en la ejecución o en la omisión de un acto. El acto dañoso está constituido por la acción u omisión humana que al producir un cambio negativo) o no evitar dicho cambio, produce una lesión en los bienes o intereses jurídicos de terceros (jurídico hace referencia a la protección por parte del Derecho de estos intereses) lo que obliga a la reacción de su titular a través de las consecuentes acciones resarcitorias, sean extras extrajudiciales o judiciales.¹⁰⁴

La omisión dolosa sobre la paternidad matrimonial es la principal razón o el sustento para una indemnización por falsa atribución de paternidad, considerando el deber de no dañar, es un hecho que pudo evitarse al manifestar la verdadera identidad biológica del niño, niña y/o adolescente.

“La conducta dañosa a partir del ocultamiento o engaño de la supuesta filiación matrimonial por parte de la esposa al cónyuge, conllevaría a que el esposo pueda interponer una demanda de indemnización por daño moral a raíz de una falsa atribución de paternidad, los elementos

¹⁰³ J. WILHELM HEDEMANN. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, vol. III, pp.161-162.

¹⁰⁴ Congreso de la República, disponible en <[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E858272FE43F529805257E8B006D697B/\\$FILE/Galvez_vt.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E858272FE43F529805257E8B006D697B/$FILE/Galvez_vt.pdf)>

requeridos para reclamar la presencia del daño, está constituido por una conducta ilícita que cause un daño patrimonial o extrapatrimonial (daño moral).”¹⁰⁵

El hecho antijurídico¹⁰⁶ en este supuesto es la intención de la esposa de atribuir una falsa paternidad al cónyuge, generándole un daño y por lo tanto estaría obligada a indemnizarlo, todo ello amparado en el Código Civil en el artículo N° 1969, considerando que nadie puede dañar a otro, incluso dentro del vínculo matrimonial o en las relaciones familiares, tomando en cuenta que cada miembro de la familia es una persona individual e independiente, claramente la esposa infringió una norma o regla de derecho.

“En los casos de ocultación de la paternidad, los derechos fundamentales que típicamente podrán verse afectados por el daño derivado de la ocultación de la paternidad son la integridad física y moral, cuando el acto pueda probar extremos tales como la existencia de un cuadro depresivo directamente relacionado con el conocimiento de la verdad biológica, que pueda interferir en el desarrollo de su vida cotidiana.”¹⁰⁷

El esposo se ve afectado emocionalmente al descubrir que no es el padre biológico, es evidente la presencia de un daño en este caso en particular, el simple hecho de tener que asimilar o aceptar que no es el verdadero padre del hijo o hijos con los que mantuvo una relación paterno-filial y al descubrir que no es el padre biológico, conllevaría a ciertos trastornos emocionales.

Por todos estos argumentos, consideramos que la esposa sí generó un daño al cónyuge al atribuirle una falsa paternidad, partiendo del hecho que tenía previo conocimiento de quien era el verdadero padre biológico, y a pesar de la reciente modificatoria del artículo N° 396 del Código Civil peruano, que permite que la madre tiene la facultad de declarar expresamente que el esposo no es el padre biológico del niño, niña y/o adolescente, se debe

¹⁰⁵ M. RIVERO DE ARHANCET, “Daños vinculados a la filiación extramatrimonial”, en C. LEPIN MOLINA *et alii*, *Responsabilidad Civil y Familia*, Thomson Reuters La ley, Chile, 2014, p. 229.

¹⁰⁶ “El hecho generador de los daños cuya compensación se reclama no es la infidelidad, ni la concepción de un hijo extramatrimonial, sino el engaño mediante el cual se logra establecer una filiación respecto de quien cree ser el padre biológico.” (V. NEVADO CATALÁN, “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad...”, cit., p. 15.)

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 35.

tomar en cuenta que la facultad que se le otorga a la madre no contempla un plazo determinado para realizar dicha declaración en mérito al Decreto Legislativo N° 1377. Asimismo, creemos que, incluso estableciendo un plazo determinado, siempre será una situación de carácter injusto, puesto que, ante el simple hecho de atribuir una falsa paternidad ya nos encontramos frente a una conducta antijurídica, es por ello que opinamos que ni la determinación de un plazo subsana o salva la situación de la afectación del derecho del padre.

El hecho de que la esposa permita que la presunción de paternidad matrimonial surta efecto, teniendo conocimiento previo que el cónyuge no es el padre biológico, y basándose en una presunción amparada en la existencia de un vínculo matrimonial, el cual tiene como regla principal que todo hijo nacido dentro de un matrimonio tiene por padre al marido, consideramos que la esposa aprovechándose de su condición matrimonial le atribuye una falsa paternidad, es por ello que la conducta dañosa de la esposa es un hecho antijurídico e indemnizable.

En el siguiente punto analizaremos el factor de atribución, es decir, si estaríamos ante la culpa o dolo, respecto de una falsa atribución de paternidad para el cónyuge.

1.2 . Factor de atribución en la falsa paternidad matrimonial

“Conceptualizar el factor de atribución parte de la idea de justificación, esto es, del porqué de la transferencia del daño, deben existir razones que fundamenten la obligación de reparar a cargo de un sujeto.”¹⁰⁸

Los criterios de imputación se dan a partir de un sistema subjetivo y objetivo¹⁰⁹, respecto del primero, se encuentra regulado en el artículo N° 1969 y el sistema objetivo, está regulado en el artículo N° 1970 del Código Civil peruano.

¹⁰⁸ M. RIVERO DE ARHANCET, “Daños vinculados a la filiación extramatrimonial...”, cit. p.233.

¹⁰⁹ “Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera-si se quiere ser redundante-objetivamente.” (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil...*, cit., pp. 260-261.)

El factor de atribución en la responsabilidad extra contractual, está constituido por el dolo y culpa¹¹⁰ con la que obró el causante del daño:

“El dolo coincide con la voluntad del sujeto de causar el daño. El dolo es un concepto subjetivo contenido en la voluntad del agente, es la aceptación y plena consciencia de que determinada conducta está generando un perjuicio a otro sujeto, los actos dolosos que producen un daño injusto son ejecutados con el propósito de ejecutarlo.”¹¹¹

Ante una falsa atribución de paternidad el factor de atribución sería el dolo, puesto que la madre tenía conocimiento de que el esposo no era el padre biológico y permitió que surta efecto la presunción de paternidad matrimonial, en materia civil el dolo tendrá que ser probado por parte del demandante en este caso, por el cónyuge afectado, el cual podría demostrar mediante pruebas o testigos la existencia del dolo por parte de la cónyuge al atribuirle una falsa paternidad matrimonial. La característica común del dolo, está en la mala fe, ya sea en la ejecución o en la omisión de un acto, el cual es denominado como el dolo omisivo, en la falsa atribución de paternidad la omisión de declarar expresamente por parte de la esposa que el cónyuge no es el padre biológico conllevaría a un daño moral.¹¹²

La Casación 2731-2018-Lima , sostiene que la indemnización por omisión dolosa viene a ser el silencio malicioso que guarda una de las partes para inducir a la otra a error, esto es, consiste en omitir una circunstancia que por la ley, usos del comercio, o la naturaleza del negocio había obligación de revelar a la otra parte. La omisión por parte de la cónyuge, cuando actualmente puede declarar expresamente que el cónyuge no es el padre biológico, a pesar de contar con esa facultad, omite tal declaración, permitiendo que surta efecto la presunción de paternidad.¹¹³

¹¹⁰ “La graduación de la culpa, es la principal diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en la primera, encontramos la culpa inexcusable o negligencia grave regulado en el artículo N° 1319; la culpa leve, en el artículo N° 1320 del Código Civil. Por otro lado en la responsabilidad extra contractual la culpa se encuentra regulada en el artículo N° 1969.” (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil...*, cit., p. 88.)

¹¹¹ M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p. 143.

¹¹² El dolo consiste en actos positivos u omisiones. PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano*. Lima: Editora y Distribuidora de Libros Huallaga E.I.R.L., 1990, Tomo I, p. 492.

¹¹³ Cas. N° 2731-2018-Lima, *El Peruano* de 01 de Julio de 2019. P. 49.

Debemos tener en cuenta que la madre tenía la posibilidad o facultad de declarar expresamente que el cónyuge no es el padre biológico, a partir de la reciente modificatoria, si la madre omite dicha declaración, permite que sea el cónyuge quien asuma la paternidad del menor. El dolo de la mujer se probaría mediante la existencia de una prueba biológica de ADN que la esposa realizó de manera previa y teniendo conocimiento que el cónyuge no era el padre biológico.

“En el supuesto en que se hubiese acreditado que la madre tuvo un conocimiento pleno y total certidumbre de la falta de paternidad del marido, es decir si hubiese realizado una prueba de paternidad previa, calificaría como un acto doloso al acreditar que la madre tenía conocimiento.”¹¹⁴

Sin embargo, consideramos que en el supuesto en el que la esposa no tuvo certeza de quién era el padre biológico, existiendo duda en la paternidad, el factor de atribución sería la culpa, a raíz de esta ausencia de certeza, existe negligencia por parte de la cónyuge la cual pudo ser corregida mediante una prueba de ADN, con mayor razón si ésta mantenía relaciones íntimas con un tercero, consideramos que en este supuesto, existirían dudas evidentes respecto de la paternidad del niño, niña y adolescente y que solo bastaría con una prueba de ADN para determinar la paternidad.

Podemos analizar que ante la presencia del adulterio, a través del cual la madre mantenía relaciones íntimas con un tercero a espaldas de su esposo, es predecible que al momento de quedar embarazada exista cierta duda sobre quién es el verdadero progenitor, sería entonces negligente atribuirle una paternidad al cónyuge basado en una presunción de paternidad

La Ley, Indemnización por omisión dolosa. Disponible en: <<https://laley.pe/art/13323/indemnizacion-por-omision-dolosa-consiste-en-omitir-una-circunstancia-donde-habia-obligacion-de-revelarla-a-la-otra-parte>>Consultado:06/05/2022

¹¹⁴ V. NEVADO CATALÁN, *Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad...*, cit., p. 17.

cuando no hay certeza, es por ello que en este supuesto en el que no existe certeza o seguridad de la paternidad, tendría que acudirse a una prueba de ADN.¹¹⁵

El fin de una prueba de ADN, es que la mujer pueda evitar un daño al cónyuge, considerando que todo vínculo matrimonial está sujeto a deberes conyugales como lo mencionamos en el capítulo I, siendo el deber de cohabitación, el deber de fidelidad y el de asistencia, es por ello que la esposa teniendo claro los deberes dentro de un matrimonio pudo manifestar o declarar que el hijo o hija no era del cónyuge con mayor razón ahora que el Decreto Legislativo N° 1377 permite que exteriorice dicha declaración, de igual forma pudo evitar un daño no solo al cónyuge a partir de la falsa atribución de paternidad, sino también evitar el daño generado respecto del derecho a la identidad del niño, niña y/o adolescente.

“Es exigible que se pongan los medios necesarios para determinar de una manera veraz la paternidad, cuando se engendra un hijo tras mantener relaciones sexuales con el esposo y con persona distinta a éste. No hay motivo (y no lo es la circunstancia familiar) para limitar la responsabilidad a los casos en los que se conoce la verdadera paternidad (dolo) o no se conoce, pero es altamente probable que el hijo no sea del marido y sólo una persona extremadamente descuidada lo ignoraría. Debe, en definitiva, ser indiferente que se supiera o no, ya que el daño causado es el mismo, y la conducta de la esposa (y del verdadero padre, en su caso) es, sin duda, susceptible de un reproche culpabilístico”.¹¹⁶

La esposa pudo realizar todo lo que se encontraba a su alcance ante la duda sobre la paternidad del hijo, y con mayor razón cuando existe un tercero con el que mantenía relaciones íntimas, aún estando casada, es por ello que consideramos que existían razones suficientes para llevar a cabo acciones pertinentes en bienestar del niño, niña y adolescente protegiendo el derecho a la identidad y a la vez evitaría atribuir una falsa paternidad al cónyuge.

¹¹⁵ “La prueba de ADN, permite un poder de determinación de paternidad de 99.99% grado de certeza mientras que el poder de exclusión es de 100 por ciento. En el Perú la prueba del ADN procede judicialmente desde el 28 de diciembre de 1998 en que entró en vigencia la Ley N° 27048.” (A. TORRES VÁSQUEZ, Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia, Idemsa, Lima, 2002, 6 ed., p. 338)

¹¹⁶ J. BARCELÓ DOMÉNECH, Responsabilidad civil en las relaciones familiares, Universidad de Alicante, España, p. 159. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/53924/1/2015_Barcelo_RevFacDireito.pdf .>. Consultado: 06/06/2021

“La esposa que mantiene relaciones sexuales con hombre distinto del marido durante el período de la concepción tiene, desde el momento en que el embarazo se confirma, razones suficientes para dudar de la paternidad biológica del niño que pueda nacer, la madre que duda sobre la paternidad biológica debe hacer todo lo razonable para determinarla desde el nacimiento¹¹⁷, evitando así que el marido pueda seguir siendo considerado padre por efecto de la presunción legal de paternidad matrimonial.”¹¹⁸

“El factor de atribución reconocido legalmente como la culpa, se da cuando el autor es responsable porque no hizo aquello que era necesario, pues si lo hubiera hecho, el daño no hubiera ocurrido, es la conducta adecuada ante una situación de riesgo o peligro. La culpa es la impericia, negligencia, desatención, etc.”¹¹⁹

Sin embargo, estaríamos en un supuesto de culpa, cuando la esposa no realizó las medidas pertinentes para asegurarse respecto de la verdad biológica del niño. La esposa al mantener relaciones íntimas con un tercero, pudo tomar otras medidas para identificar la verdadera paternidad, realizando una prueba de ADN para tener certeza de si el tercero o el esposo era el padre biológico¹²⁰. Por lo tanto la esposa pudo comunicar al cónyuge las dudas respecto de la paternidad y evitar que se dé la presunción de paternidad matrimonial, con mayor razón a partir del Decreto Legislativo, a través del cual permite el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada.

“De probarse que el hombre que mantenía relaciones extramatrimoniales con la madre también era consciente de la situación y participó de ella, también podrá ser condenado a

¹¹⁷ “La omisión de la conducta debida, se configura tanto cuando no se hace lo que debió hacerse, como cuando se ejecutó lo que debió ser motivo de abstención, para impedir un resultado dañoso, el factor de atribución en este caso la culpa, se basa principalmente en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias no ha previsto el daño, pese a ser previsible.” (M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p.145)

¹¹⁸ E. FARNÓS AMORÓS, *Remedios Jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad...*, cit. p. 25.

¹¹⁹ M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p. 144.

¹²⁰ “El hecho de que la esposa no realiza las medidas pertinentes para determinar la paternidad biológica es reprochable, teniendo en cuenta la facilidad cada vez mayor en el acceso a las pruebas de ADN.” (E. FARNÓS AMORÓS, *Remedios Jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad*, cit. p. 26.)

indemnizar por los daños morales, y en su caso, a restituir lo pagado por otro en concepto de alimentos.”¹²¹

Por lo tanto, el factor de atribución aplicable en una falsa atribución de paternidad matrimonial sería el dolo, considerando que la esposa tenía conocimiento que el cónyuge no era el padre biológico, y tuvo que ser reconocido como hijo extramatrimonial, considerando la nueva modificatoria del artículo N° 396, respecto del reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, dado que la madre pudo declarar expresamente que el cónyuge no es el padre biológico. La madre del niño, niña y adolescente al mantener un vínculo matrimonial vigente, permite que surta efecto la presunción de paternidad, la intención de atribuir una falsa paternidad conlleva a que el factor de atribución en el tema de investigación sea el dolo, al generarle un daño al esposo por atribuirle una paternidad que no tiene relación o vínculo con el principio de la verdad biológica¹²² y el derecho a la identidad del niño.

En el siguiente punto analizaremos la relación de causalidad, la cual se caracteriza por la correspondencia entre el hecho y el daño como consecuencia.

1.3 Relación de causalidad en la atribución de falsa paternidad

“En la responsabilidad civil los únicos daños que se pueden reclamar son los que guardan relación causal con el hecho ilícito.”¹²³

¹²¹ *Ibidem.*, p. 26

¹²² “El principio de la verdad biológica significa que cada sujeto podrá figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pone a su alcance-y que son fundamentalmente las acciones de filiación-para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta.” (A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, “El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor –o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación”, *Revista Diké PUCP*, p.17. Disponible en <http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF> Consultado: 14/03/2021)

¹²³ “La relación causal es un nexo entre el hecho ilícito (acción y omisión) y el daño, si no hay relación causal entre el daño sufrido y el hecho antijurídico no hay responsabilidad.” (M. RIVERO DE ARHANCET, “Daños vinculados a la filiación extramatrimonial...”, *cit.*, p. 233.)

La fractura del nexo causal está regulado en el artículo N° 1970.- “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), y N° 1972.- En los casos del artículo N° 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.”

La relación de causa-efecto, para que exista responsabilidad civil debe presenciarse una relación o un nexo causal entre el hecho generador del daño y éste propiamente dicho, es decir, que la existencia del hecho, el cual sería una falsa atribución de paternidad hacia el cónyuge mediante el engaño, fue la razón por la que se generó el daño y los padecimientos o trastornos emocionales.

“La relación de causalidad significa que el acto del obligado a resarcir debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso; esto es que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto.”¹²⁴. Existen teorías causales, que se encuentran reguladas tanto en el libro de responsabilidad civil contractual y extracontractual.¹²⁵

La teoría de la causa adecuada en la responsabilidad civil extracontractual es aquella que va a determinar de manera decisiva la producción del evento dañoso, de modo que exista el nexo causal entre el hecho y tal evento¹²⁶. En el presente caso de una falsa atribución de paternidad matrimonial por parte de la esposa, esto es, ante la ausencia de un vínculo biológico, la causa adecuada, sería la ocultación de la paternidad teniendo como consecuencia el daño generado al cónyuge, el nexo causal es la relación entre la omisión dolosa por parte de la cónyuge, teniendo previo conocimiento, es el hecho de omitir dolosamente respecto del vínculo biológico vinculado al daño que se ha generado como consecuencia de tal omisión, permitiendo que surta efecto la presunción de paternidad matrimonial.

¹²⁴ M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p. 140.

¹²⁵ “La doctrina reconoce ciertas teorías causales determinadas para cada responsabilidad civil reguladas en el Código Civil peruano, en la responsabilidad contractual, encontramos la teoría de la causa próxima regulada en el artículo N° 1321, siendo la condición inmediata anterior a la producción del evento dañino, es aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se halla temporalmente más próxima a este, las otras son simplemente condiciones; la teoría de la causa adecuada, es la que regula la responsabilidad civil extracontractual, esta teoría busca entre todas las condiciones aquella (o aquellas) que ha(n) influido de manera decisiva en la producción del evento dañino, la cual se encuentra regulada en el artículo N° 1985”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil...*, cit., pp. 357-363.)

¹²⁶ “En la causa adecuada es necesario que concurren dos factores o aspectos: un factor in concreto y un factor in abstracto. El primero, es la relación de causalidad física o material, significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor; el segundo, se dará según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado, es necesario la concurrencia de ambos factores para que se configure la causalidad adecuada.” (Disponible en: <<https://lpderecho.pe/indemnizacion-responsabilidad-extracontractual-derecho-civil/>>. Consultado: 25/03/2021)

Una acción será adecuada para producir el resultado cuando una persona normal colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente, así mismo la causa adecuada recurre al criterio limitador de la causalidad, el de la diligencia debida, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible el resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno. Previsibilidad objetiva y diligencia debida, son por consiguiente los dos criterios selectivos que sirven para precisar cuando una acción es adecuada para producir el resultado.¹²⁷

Se debe tomar en cuenta que la madre al no declarar expresamente que el esposo no era el padre biológico, teniendo la facultad o la posibilidad de declarar, decide guardar silencio y omite dicha declaración. El daño es atribuible a la esposa, y de ser el caso al padre biológico si es que tenía conocimiento previo de tal situación, y permitió que sea el cónyuge quien reconozca al niño, niña y/o adolescente.

La relación de causalidad en el tema de investigación, es el nexo secuencial, la verificación del esquema causa-consecuencias, a partir de la omisión de declarar expresamente que el cónyuge no es el padre biológico lo que generaría o tendría como consecuencia es el daño moral, una vez que el cónyuge tenga conocimiento de no ser el padre biológico, generaría daños en la esfera personal del esposo, partiendo de los sentimientos que vinculan a un padre con un hijo y aquellos trastornos como consecuencia de la omisión dolosa. En el siguiente punto analizaremos los daños según la clasificación de la responsabilidad civil.

1.4 Daño en la atribución de falsa paternidad

El daño en la atribución de falsa paternidad por parte de la esposa para el cónyuge conllevaría al análisis de la clasificación del daño patrimonial y extrapatrimonial, para así determinar qué daños se encuentran presente cuando la esposa atribuye una falsa paternidad al esposo.

¹²⁷ Congreso de la República, Disponible en :
<[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E858272FE43F529805257E8B006D697B/\\$FILE/Galvez_vt.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E858272FE43F529805257E8B006D697B/$FILE/Galvez_vt.pdf)>

“El daño es aquella lesión a todo derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión. El daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal.”¹²⁸

La doctrina divide el daño en patrimonial y extra patrimonial:

1. Daño patrimonial: “Es aquella lesión que afecta el patrimonio de los sujetos o, en general a sus derechos patrimoniales”¹²⁹. En el daño patrimonial encontramos el daño emergente y el lucro cesante.

□ Daño Emergente: “Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito. Es la disminución de la esfera patrimonial del dañado.”¹³⁰

□ Lucro Cesante: “Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir.”¹³¹

La filiación matrimonial determina efectos jurídicos respecto de los padres hacia los hijos, lo que conllevaría a que la esposa al atribuirle una falsa paternidad al cónyuge, generaría que sea el responsable de todos aquellos gastos que demanda un hijo desde la

¹²⁸ A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, “El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor –o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación”, *Revista Díke PUCP*, p. 58. Disponible en < http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF> Consultado: 14/03/2021.

¹²⁹ G. FERNÁNDEZ CRUZ, *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*, Fondo editorial PUCP, Lima, 2019, p. 97.

¹³⁰ J. ESPINOZA ESPINOZA, “La perspectiva de modernización del Derecho de las obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana.”, *Revista IUS ET VERITAS*, N° 48, 2014, p. 116. Disponible en < <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/11912/12480/>> Consulta: 28 de Octubre de 2020.

¹³¹ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil...*, cit., p. 432.

gestación, nacimiento y el desarrollo del niño, niña y adolescente; como en alimentación, estudios, vestimenta, etc.¹³²

Sin embargo, aquellos gastos en beneficio del hijo no podrán ser reembolsados al tratarse de una necesidad alimentista a favor del niño, niña y/o adolescente, para ello citamos el Tercer Pleno Casatorio Civil, el cual constituye precedente judicial vinculante, considerando que en aquellos conflictos derivados de relaciones familiares y personales, se brindará protección especial a la parte perjudicada, ante la existencia de una falsa atribución de paternidad matrimonial, se buscará proteger al niño, sustentado de igual forma en el principio del interés superior del niño.¹³³

Analizando los elementos del daño patrimonial, consideramos que en un proceso de indemnización por falsa atribución de paternidad matrimonial respecto del cónyuge afectado, sólo estaría presente el daño emergente, al existir una pérdida o menoscabo en el patrimonio del cónyuge, considerando que el lucro cesante es la ganancia patrimonial dejada de percibir, el no incremento en el patrimonio del cónyuge.

El daño emergente ante una falsa atribución de paternidad matrimonial, engloba aquellos gastos en que incurrió el cónyuge afectado, como la prueba de ADN para poder determinar la identidad del niño o niña a través de una prueba de paternidad. Asimismo, al tomar conocimiento de la ausencia del vínculo biológico, los gastos procesales tanto costas y costos que conllevaría en un proceso civil y trámites externos generando un menoscabo en el patrimonio del cónyuge.

¹³² El artículo N.º 472 del Código Civil peruano, respecto de la noción de alimentos: se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia.

¹³³ “Constituye Precedente Judicial Vinculante las siguientes reglas: 1. En los aspectos de familia como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho”. TERCER PLENO CASATORIO CIVIL- Lima, 15 de diciembre de 2010. Disponible en: < <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ca71e004a1e6356a681ee91cb0ca5a5/III+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES> >

Los gastos en el pago de terapias psicológicas, medicamentos o todos aquellos gastos realizados con el fin de superar el daño generado por parte de la cónyuge a raíz de una falsa atribución de paternidad matrimonial, son consecuencias que va a generar en el aspecto personal para superar el hecho de enterarse que no es el padre biológico de quien creía tener por hijo.

2.- Daño Extrapatrimonial: “Es la lesión a la persona en sí misma, en base a un valor espiritual, psicológico e inmaterial”¹³⁴.

En el daño extrapatrimonial encontramos daño a la persona y el daño moral en el cual distinguimos el daño moral subjetivo y el daño moral afectivo, mismos que se encuentran regulados en el artículo N° 1985 del Código Civil peruano.

“En los daños extrapatrimoniales, encontramos los daños morales por el descubrimiento de la falta de vínculo biológico, por pérdida de la relación paterno – filial, por pérdida del vínculo legal de filiación...”¹³⁵

□ Daño a la persona

“El daño a la persona es entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas, es el agravio o lesión a un derecho, un bien, o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico-patrimonial”¹³⁶.

El daño a la persona regulado en el artículo N° 1985 del Código Civil peruano engloba todo daño en general que pueda afectar directamente al ser humano, como el derecho a la vida, integridad, intimidad, salud, entre otros.

¹³⁴ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales...*, cit., p. 713.

¹³⁵ V. NEVADO CATALÁN, *Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad...*, cit., p. 21.

¹³⁶ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil...*, cit., p. 435.

“El daño a la persona es un concepto genérico dentro del cual el daño moral no es nada más que una especie, pues existen toda una serie de lesiones a la persona, en las que no se afecta básicamente su sentimiento, no se causan sensaciones de dolor, pero no obstante se afecta a la dignidad o a la integridad de la persona.”¹³⁷

“La diferencia entre el daño a la persona y el daño moral es que, el primero comprende los daños a derechos de la personalidad, como la vida, la integridad psicofísica, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros-, sus efectos pueden ser de naturaleza permanente o temporal, éste al comprender la parte psíquica del sujeto se entiende el daño moral como un subtipo, siendo aquel que afecta a la psiquis y sentimientos de la persona humana, es decir, la faz interior del sujeto, y a diferencia del daño a la persona sus efectos son temporales.”¹³⁸

“El hecho que el daño moral esté comprendido dentro del daño a la persona, no implica que no deban ser individualizados. Quien los invoca, tiene la carga de acreditar en qué consistieron los hechos que generaron el daño a la persona (como por ejemplo la lesión a la reputación) y los que generaron el daño moral (dolor, sufrimiento, pena, aflicción), así como las consecuencias dañosas que se derivaron.”¹³⁹

Podemos concluir respecto del daño a la persona y el daño moral que existe una relación de género a especie, ubicando al daño moral como una especie dentro del género. Sin embargo nos enfocaremos en el daño moral sufrido por el cónyuge, el cual podría probarse por aquellos cuadros depresivos al tomar conocimiento que el niño, niña y/o adolescente no es su hijo biológico, por lo tanto podría solicitar una indemnización por daño moral ante una falsa atribución de paternidad matrimonial, daños que podrían verse reflejados en los trastornos emocionales.¹⁴⁰

¹³⁷ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual, *Themis*, N° 38, 1998, p. 195.

¹³⁸ G. FERNÁNDEZ CRUZ, Introducción a la responsabilidad civil..., cit., pp.104-105.

¹³⁹ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales...*, cit., p. 722.

¹⁴⁰ “Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológicas y,

□ Daño Moral

“El daño moral se refiere a la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria, susceptibles de lesionar los derechos fundamentales de la persona.”¹⁴¹.

El daño moral se encuentra regulado en los siguientes artículos del Código Civil peruano, respecto de la responsabilidad contractual está regulado en los artículos N° 1321¹⁴² y N° 1322¹⁴³; en cuanto a la responsabilidad extra contractual en los artículos N° 1984¹⁴⁴ y N° 1985¹⁴⁵.

“El daño moral consiste en, la molestia, dolor o sufrimiento físico o moral que experimenta una persona.”¹⁴⁶.

“El daño debe ser probado, no sólo en cuanto a su existencia, en tanto la determinación del daño a resarcirse y la fijación del quantum deben ser proporcionales a la entidad del agravio.”¹⁴⁷

por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica.” (Tercer Pleno Casatorio Civil- casación 4664-2010-Puno del 18 de marzo del 2011). De igual forma se confirma que daño moral y daño a la persona abarca un solo aspecto y monto indemnizatorio. (Casación N° 4122-2014-Tumbes).

¹⁴¹ M TORRES MADONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p .128

¹⁴² Artículo N° 1321.- “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. “

“El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.”

“Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío, o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.”

¹⁴³ Artículo N° 1322.- “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”

¹⁴⁴ Artículo N° 1984.- “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”

¹⁴⁵ Artículo N° 1985.- “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”

¹⁴⁶ Cfr. C. LEPIN MOLINA, D. VARGAS ARAVENA, “*Responsabilidad Civil y Familia...*, cit., p. 431.

¹⁴⁷ M. TORRES MALDONADO, *La responsabilidad civil en el derecho de familia...*, cit., p. 132

En el supuesto en que la madre permita que surta efecto la presunción de paternidad, teniendo conocimiento que el cónyuge no es el padre biológico, le estaría generando un daño moral al atribuirle una falsa paternidad, considerando que pudo declarar expresamente que el cónyuge no es el padre biológico del niño, niña y/o adolescente.

Considerando que dentro de la categoría del daño moral, se distingue el daño moral subjetivo y el daño moral afectivo, por el primero entendemos que se da cuando lo sufre de manera directa el propio sujeto, como por ejemplo; la pérdida del cónyuge, conviviente, de un hijo o de un padre; y por el segundo, se entiende como aquella lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes.¹⁴⁸ Al tratarse de un daño directo al cónyuge al atribuirle una falsa paternidad matrimonial estaríamos frente a un daño moral subjetivo, quien padece el daño en este caso es el cónyuge una vez que descubra que el niño, niña y/o adolescente no es su hijo/a.

“Es importante destacar con relación a los daños sufridos, que deben resarcirse tanto el daño moral como los daños materiales causados, aunque en razón de los bienes jurídicos lesionados, el perjuicio que en estos casos por lo general prevalece y que con mayor frecuencia se requiere que sea reparado, es el correspondiente al daño moral, por cuanto el acto ilícito con fundamento en el cual se acciona, suele lesionar los más íntimos sentimientos de la persona dañada, ello no implica que no deban también repararse los daños patrimoniales ocurridos y debidamente probados.”¹⁴⁹

El daño generado por la esposa al cónyuge, tiene como consecuencia no solo el hecho de tener que aceptar la idea de no ser el padre biológico, sino también el distanciamiento que generaría una vez que se reconozca que no es el verdadero padre, se presentarían daños extra patrimoniales, vinculados al honor y en especial el estado emocional que provocaría en el esposo la pérdida de un hijo que lo reconoció como tal pero mediando engaño, consideramos que la conducta antijurídica por parte de la cónyuge tiene como sustento constitucional el artículo N.º 04 y 06 de la Constitución Política del Perú, el

¹⁴⁸ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales...*, cit., p. 714.

¹⁴⁹ C. LEPIN MOLINA, D. VARGAS ARAVENA, *“Responsabilidad Civil y Familia”*, La ley, Chile, 2014, p. 434.

cónyuge al formar parte de una familia, es protegido por el Estado el cual brinda protección a la familia y promueven el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, en este caso específicamente al cónyuge afectado. Asimismo, el artículo N°. 06, promueve la paternidad y maternidad responsables.

La existencia del daño en el entorno familiar, como se presenta en el tema de investigación; en el daño en patrimonial, el cónyuge podría solicitar la devolución de los gastos incurridos en las terapias psicológicas, medicamentos, y en el caso de un daño extrapatrimonial, estaríamos ante un daño moral que debe ser indemnizado por el simple hecho que nadie tiene que causar un daño a otro, y cuando el cónyuge tome conocimiento de no ser el padre biológico, le generará angustia, sufrimientos psicológicos, incluso estados depresivos que se probarían mediante un examen psicológico o psiquiátrico.

1.5 La indemnización del daño moral

“El engaño sobre el vínculo genético mediante el que se impone una paternidad a quien no estaba obligado a asumirla por no ser el padre biológico ni haber prestado libremente su consentimiento, supone una importante injerencia en la autonomía personal y la libertad individual que generalmente es causa de importantes daños, tanto patrimoniales como morales.”¹⁵⁰

El artículo N° 1985, determina que: “la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.”

Algunos criterios que se deben considerar para asignar montos indemnizatorios del daño, serían; “la gravedad del daño, las peculiaridades del caso sometido a análisis en función a las condiciones de tiempo, lugar y propias de la víctima y el victimario, incluida la

¹⁵⁰ V. NEVADO CATALÁN, *Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad...*, cit., p. 44.

capacidad económica del responsable; las reparaciones dadas en casos semejantes; la reiteración de la conducta dañosa; la gravedad de la conducta dañosa del agente o responsable del daño y la ponderación del tipo de derecho lesionado: un derecho de mayor valor, merece un mayor resarcimiento que otros puramente económicos.”¹⁵¹

En el tema de investigación ante una falsa atribución de paternidad, la legitimación activa le correspondería al esposo¹⁵², es decir, el cónyuge afectado interpondría la acción indemnizatoria, al ser el afectado directamente, una vez que toma conocimiento de no ser el padre biológico. La legitimación pasiva, corresponde a aquella persona que ha causado el daño moral y está obligada a repararlo, la esposa al atribuirle una falsa paternidad al cónyuge sería responsable civilmente en reparar los daños generados al cónyuge.

El proceso que se aplicaría por daños y perjuicios por falsa atribución de paternidad correspondería a lo establecido en el Código Procesal Civil peruano, aplicando las reglas generales del respectivo cuerpo normativo, para ello dependerá de la estimación patrimonial del petitorio para determinar si estamos ante un proceso de conocimiento o un proceso abreviado.

El artículo N° 475 del Código Procesal civil, establece que: “los asuntos contenciosos que son inapreciables en dinero (extra patrimoniales) o en los que hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible la procedencia de la vía procedimental en mención.”

A continuación mencionaremos las acciones que interpondrá el cónyuge afectado a partir del daño moral atribuible a la esposa por una falsa atribución de paternidad.

2. La reparación del daño en las relaciones familiares

¹⁵¹ G. FERNÁNDEZ CRUZ, Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias, Fondo editorial PUCP, Lima, 2019, p. 106

¹⁵² Está legitimada para exigir la reparación del daño moral la persona que lo ha sufrido, la víctima del daño, estando legitimada para pedir la reparación de daños de los cuales sea titular de esos bienes y derechos lesionados. R. ALVAREZ VIGARARY, La responsabilidad por daño moral, *Anuario de Derecho Civil*, N° 1, vol. 19, 1966, p. 105

La existencia del daño generado por parte de la esposa al cónyuge, será probado mediante una sentencia firme que declare la ausencia de un vínculo biológico entre el cónyuge y el niño, niña y adolescente, dicha sentencia que reconozca la ausencia de paternidad matrimonial permitirá que el cónyuge pueda probar el engaño u ocultación de la paternidad por parte de la esposa.

2.1 Análisis de la acción de negación de paternidad

La acción de negación de paternidad fue desarrollada en el capítulo I, sin embargo en este apartado trataremos brevemente este proceso, el cual permitirá que el cónyuge afectado pueda negar la paternidad y obtener una sentencia favorable respecto del vínculo biológico con el/la que creía ser su hijo/a, esta sentencia será la prueba evidente de la ausencia del vínculo y posteriormente en un proceso independiente de responsabilidad civil extracontractual se analizará cada uno de los presupuestos desarrollados previamente lo que conllevará a determinar una indemnización de daño moral por falsa atribución de paternidad matrimonial a favor del cónyuge afectado.

“La acción de negación de paternidad, se encuentra en un proceso de conocimiento, para aquellos casos en que se requiera la declaración de un derecho o la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses, esto es, que responden a un derecho incierto. El proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la sección cuarta, así como la sección quinta respecto de los procesos contenciosos establecidos en el Código Civil peruano.”¹⁵³

Consideramos que existirán casos o supuestos en los que la verdad biológica no coincida con dicha paternidad matrimonial, permitiendo que se pueda iniciar un proceso judicial, ante una falsa atribución de paternidad, cuando el cónyuge tome conocimiento que no es el padre biológico del supuesto hijo matrimonial podrá interponer la acción de negación de paternidad¹⁵⁴, considerando que al no existir relación entre el vínculo legal y biológico, podrá cuestionar la paternidad matrimonial.

¹⁵³ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Decreto Legislativo N° 295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

¹⁵⁴ “Resulta válido el cuestionamiento de la paternidad formalmente establecida cuando se alegue que la voluntad expresada en el acto de reconocimiento se encontraba viciada, sea por error, engaño o intimidación, y el examen de ADN demuestra que quien reconoció al menor, en realidad, no es el padre biológico, en cuyo

Sin embargo, la Corte Suprema Peruana, se ha manifestado respecto del proceso de impugnación de paternidad matrimonial de un hijo: “primero se debe identificar al supuesto padre biológico e incorporarlo como litisconsorte, de esta forma respetando el derecho de defensa, se podrá establecer la real identidad considerando tanto el componente estático y dinámico del niño al momento de sentenciar.”¹⁵⁵

“No basta con excluir al padre legal sino efectuar una investigación, siendo de importancia la participación del juez, entre los medios probatorios sobre todo en la declaración de las partes y testigos de advertir al supuesto padre biológico y con el mismo sistema de prueba de ADN determinar la verdadera identidad estática del menor de edad.”¹⁵⁶

Debemos aclarar que la modificatoria va a permitir que la madre declare expresamente que el cónyuge no es el padre biológico, pero de igual forma procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, siendo facultativo interponer la acción de negación de paternidad, considerando que a partir de la reciente modificatoria la madre puede declarar y por lo tanto no podría exigirse como un requisito, dado que ya no es una condición la negación para que el padre biológico reconozca al niño, niña y adolescente. De igual forma, se puede considerar como medio probatorio el reconocimiento que realice el tercero sobre el supuesto hijo matrimonial.

A.- ¿Cuál es el plazo para interponer la acción de negación de paternidad?

caso, se debe ejercitar una acción civil dirigida a anular dicho acto por el propio padre formal.” Consultar en: Actualidad civil. Instituto Pacífico. La impugnación de paternidad: entre su regulación legal y el control difuso Disponible en: < <https://actualidadcivil.pe/revista/6d80e3d1-3b2a-43c8-931b-706237c13ed7?goTo=3-el-incremento-de-demandas-de-impugnacion-de-paternidad-en-el-escenario-judicial-c7dc2334-b75b-45d9-832a-84a9206aed23&menu=derecho-procesal-civil&menu-item=c63aa535-a249-401e-8e6e-ee6178d063d2&q=impugnaci%C3%B3n%20de%20paternidad%20matrimonial> > Consultado: 05/03/2021

¹⁵⁵ “La jurisprudencia ha identificado que el derecho a la identidad tiene un componente estático o biológico, siendo el resultado de una información genética que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro, y el segundo componente es el dinámico, son atributos, características y rasgos de la personalidad que pueden variar en el tiempo.” Cfr. J. SARAVIA QUISPE, “La consolidación del estado de familia, la identidad estática y dinámica del niño y su integración a su familia biológica como derechos del hijo en el proceso de impugnación de paternidad”, *UNIFE*, N° 07, 2018, pp.197- 206

¹⁵⁶ LP Pasión por el derecho. Disponible en: < <https://lpderecho.pe/no-basta-prueba-adn-impugnar-paternidad-analisis-identidad-biologica-dinamica-hijo/#:~:text=De%20ah%C3%AD%20la%20importancia%20de,real%20identidad%20del%20ni%C3%B1o%20al> > Consultado: 04/03/2021.

“El plazo es de 90 días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.”¹⁵⁷

B.- Las partes en el proceso judicial de negación de paternidad

Las partes en el proceso judicial de negación de paternidad, como determina el artículo N° 367, la legitimación activa corresponde al esposo que considere que no es el padre biológico del menor. Sin embargo, también serían los herederos y ascendientes quienes podrían iniciar el proceso judicial, antes de vencerse el plazo establecido, o continuar con el juicio si aquel lo hubiese iniciado. La Legitimación pasiva, es decir la demanda estaría dirigida en contra de el/la hijo/a y la madre.

La sentencia firme de acción de negación de paternidad a favor del cónyuge, en la cual se probará que no existe un vínculo biológico, permitirá que sea sustento para interponer una indemnización de daño moral por falsa atribución de paternidad matrimonial.

2.2 Acción de falsa atribución de paternidad

“La acción de indemnización por daño moral ante una falsa atribución de paternidad se puede presentar por dos vías de reparación del daño; la primera vía es la extrajudicial, la cual conllevaría a evitar los costos de un juicio y la vía judicial, a través de una demanda judicial para solucionar los casos de responsabilidad civil. La jurisdicción civil es competente para conocer de los hechos, que sin constituir en ilícito penal, causan también un daño a alguien, no dando lugar a una pena, aunque sí al pago de una indemnización.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ “Es posible solicitar la inaplicación judicial de los artículos que determinan los plazos mediante un mecanismo denominado “control difuso”, lo cual implicaría preferir el derecho a la identidad reconocido en nuestra Constitución y no aplicar los artículos de nuestro Código Civil que regulan el plazo para accionar en estos casos. Sin embargo, debido a que no existe certeza absoluta en la inaplicación de los plazos por parte de los operadores de justicia (ya que es su potestad), es necesario contar con una adecuada asesoría legal que ayude a fundamentar a cabalidad dicha solicitud.”

¹⁵⁸ A. NÚÑEZ DEL PRADO SIMONS, “Fundamentos del seguro de responsabilidad civil Legislación en Perú, *Revista Ibero-latinoamericana de seguro*, N° 41, 2014, pp. 164-165.

A.- ¿Dónde se encuentra regulado el contenido de la indemnización en el Código Civil peruano?

La indemnización se encuentra regulado en el artículo N° 1985: “la cual contempla las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, contempla el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, considerando que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”¹⁵⁹ La fecha en que se produce el daño es desde el instante en que el cónyuge toma conocimiento a través de una sentencia firme de negación de paternidad que no es el padre biológico del niño, niña y/o adolescente.

La prescripción de la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual es de dos años, el plazo de prescripción se encuentra regulado en el artículo N° 2001 del Código Civil Peruano, el inicio del curso prescriptorio comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho.¹⁶⁰

El cónyuge perjudicado por la falsa atribución de una filiación matrimonial, aquella en la que no existe un vínculo biológico entre el esposo y el hijo, permitirá que el cónyuge pueda interponer primero una acción de negación de paternidad, de modo que al obtener una sentencia firme que determine la ausencia del vínculo biológico, y que a partir de tal sentencia que confirme la existencia de una indebida atribución de paternidad, teniendo en cuenta que con la modificación del artículo N° 396, la esposa pudo declarar que el esposo no era el padre biológico. La sentencia firme de acción de negación de paternidad que desacredita la paternidad matrimonial del esposo, permitirá que el cónyuge interponga una demanda de indemnización de daño moral por falsa atribución de paternidad.

¹⁵⁹ “El daño en la reparación civil abarca dos supuestos: i) el daño evento: que se subdivide en a) extrapatrimonial, que incluye el daño a la persona y el daño moral; y b) patrimonial-; y ii) el daño consecuencia, que abarca el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. (Recurso de Nulidad 1487-2018 Lima Norte).” Disponible en: <https://lpderecho.pe/dos-tipos-danos-abarca-reparacion-civil-r-n-1487-2018-lima-norte/> Consultado: 20/03/2021.

¹⁶⁰ “El plazo de prescripción corre a partir del momento en que se puede ejercitar el derecho de acción, es decir, desde el momento en que el daño puede ser probado; y no desde que se toma conocimiento del hecho generador del daño.” Cfr. Cas. N° 6822-2015-Lima, El Peruano de 13 de julio de 2016, p.4.)

El daño moral en el Derecho de Familia analizado en el presente capítulo, nos permite concluir que, si bien no existe una regulación específica respecto de la figura del daño presente en el Derecho de Familia peruano, ello no impide que no se aplique los presupuestos de la responsabilidad civil en supuestos o casos que se deslignen de las relaciones familiares.

El hecho de formar parte de una familia no limita los derechos personales, ni impide que algún miembro de esta pueda demandar por una indemnización de daño moral, ya que solo bastaría con analizar los presupuestos de la responsabilidad civil para determinar la existencia de un daño.

El deber de no dañar es un principio fundamental en las relaciones de toda sociedad, pero principalmente dentro de una familia, teniendo en cuenta que la familia es el primer lugar donde uno espera seguridad, confianza y estabilidad en todo aspecto.

A continuación mencionaremos jurisprudencia nacional, siendo la principal característica la ausencia del vínculo biológico entre el supuesto padre y el niño, niña y adolescente, dando prioridad a la identidad biológica en base al principio del interés superior del niño.

3. Jurisprudencia de la atribución de falsa paternidad

El desarrollo de la jurisprudencia se da con el fin de demostrar que, en primer lugar siempre se va a velar por la estabilidad emocional del niño, niña y adolescente, y que cuando existan casos en los que esté ausente la verdadera identidad biológica del niño, niña y adolescente, siempre se buscará determinar la identidad respecto de una filiación matrimonial y/o extra matrimonial.

El Decreto Legislativo N° 1377, fue publicado el 24 de agosto de 2018, modificando artículos respecto del Libro III, Derecho de familia, mencionaremos algunos casos respecto de la impugnación de paternidad matrimonial, cuando no existe un vínculo biológico entre padre e hijo.

En la Jurisprudencia Nacional mencionaremos una casación relevante para el tema de investigación, en la que se dejó de aplicar el artículo N° 396 del Código Civil, considerando el interés superior del niño, incluso antes de la publicación del Decreto Legislativo N° 1377.

A continuación vamos a exponer un expediente, casación y una consulta, queremos aclarar que si bien no constituyen precedente vinculante, sin embargo tienen en común la protección respecto del niño, niña y adolescente, puesto que buscan prevalecer el derecho a la identidad del niño.

3.1 Expediente: N° 2003-0839-251801-JF01

En el siguiente expediente se presenta una demanda sobre impugnación de paternidad matrimonial, sustentada en que el demandante es el padre biológico de la niña de iniciales I. A. H. R., nacida dentro del matrimonio de los demandados, y no el marido de la madre. Se comprueba que la niña, fue inscrita en el Registro Civil como hija del marido de la madre, sobre la base de la presunción de paternidad matrimonial, al someterse a las pruebas de ADN, el resultado de la prueba determina que el padre biológico es C. E. C. K., dando prioridad al derecho a la identidad de la menor por encima de la existencia de un vínculo matrimonial, lo que nos permite concluir que el principio de la verdad biológica busca proteger el derecho a la identidad.¹⁶¹

3.2 Consulta N° 1388-2010-Arequipa

“En el presente caso, se ha acreditado como una cuestión de hecho incontrovertible, a través de la prueba de ADN respectiva, que la menor demandada es hija biológica de don P. E. y no de J. E., cuya paternidad a éste último le fue atribuida en mérito a una presunción legal, si se tiene en consideración que éste último no efectuó un reconocimiento expreso alguno,

¹⁶¹ Actualidad civil. La Filiación Extramatrimonial del hijo de mujer casada. Disponible en: <https://actualidadcivil.pe/revista/019e1ab1-6009-400b-9eb3-5d4f3f2879db?goTo=5-la-filiacion-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-y-el-derecho-del-nino-a-la-identidad-filiatoria-f39d99cc-9799-4c71-8503-47367507ca93&menu=civil&menu-item=a766d20e-12fe-4f30-a16f-bd7b0e662a2b&q=impugnaci%C3%B3n%20de%20paternidad%20matrimonial> >

tal como se acredita del acta de nacimiento obrante a folios cuatro. No existe razón objetiva y razonable que justifique en el presente caso la necesidad que se obtenga una sentencia previa en un proceso de negación de paternidad matrimonial, si se tiene en cuenta lo irrefutable de la verdad biológica que establece la filiación extramatrimonial a favor del demandado P. E., y que el propio padre presunto ha mostrado su conformidad con los hechos expuestos. Fundamentos por los cuales APROBARON la sentencia elevada en consulta que declaró INAPLICABLE por incompatibilidad constitucional al presente caso lo dispuesto en los artículos 402 inciso 6) segundo párrafo y 404 del Código Civil, en el proceso seguido sobre Negación de Paternidad Matrimonial y Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial”.

3.3. Casación N° 2726-2012

La casación N° 2726-2012¹⁶², se deja de aplicar el artículo N° 396, considerando el derecho constitucional a la identidad de la menor, puesto que antes de la publicación del Decreto Legislativo N° 1377, el progenitor para poder reconocer al niño, niña y/o adolescente como su hija, primero el esposo tenía que cuestionar la paternidad matrimonial, para que recién un tercero pueda reconocer a un hijo extramatrimonial de mujer casada, actualmente se incorporó la excepción, que la madre podrá declarar expresamente quien es el verdadero progenitor

En esta casación se deja de aplicar el artículo N° 396, dando prioridad al principio del interés superior del niño, haciendo prevalecer la identidad biológica, en función del bienestar específico del menor, el Estado debe asegurar esta protección velando por los derechos fundamentales de los niños.¹⁶³

¹⁶² Cas. N° 2726-2012-del Santa, El peruano de 17 de julio de 2013. < https://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2017/EL%20DERECHO%20A%20LA%20IDENTIDAD%20Y%20LA%20CONTESTACI%C3%93N%20DE%20LA%20PATERNIDAD.pdf > Consultado 12 de Noviembre de 2020

¹⁶³ Consultar en : 1)
https://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2017/EL%20DERECHO%20A%20LA%20IDENTIDAD%20Y%20LA%20CONTESTACI%C3%93N%20DE%20LA%20PATERNIDAD.pdf 2)

La modificatoria del artículo N° 396 como indicamos en párrafos precedentes va a proteger el derecho a la identidad y velar por el interés superior del niño, es por ello que incluso antes de esta modificatoria se ha inaplicado el artículo N° 396 como en la Casación N° 2726-2012-Del Santa¹⁶⁴, los jueces consideraron que a pesar que el marido no había impugnado la filiación matrimonial y sin la existencia de una sentencia favorable, acreditaron el vínculo biológico entre el padre biológico y el niño, niña y/o adolescente, permitiendo que pueda darse el reconocimiento extramatrimonial sustentado en el derecho a la identidad amparado por la Constitución Política del Perú.¹⁶⁵

La inaplicación del artículo N° 396 en la Casación mencionada y la reciente modificatoria a partir del Decreto Legislativo N° 1377, buscan salvaguardar los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, siendo el objetivo principal determinar una filiación matrimonial o extramatrimonial en el que exista un vínculo biológico entre el padre y el hijo/a.

En la casación N° 2726-2012 se dejó de aplicar el artículo N° 396, el cual recién fue modificado en el año 2018 por el Decreto Legislativo N° 1377, esto nos lleva a la conclusión que el padre biológico podía reconocer al hijo/a extramatrimonial de mujer casada basándonos en esta jurisprudencia, consideramos que es un antecedente clave para

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed.

¹⁶⁴ “La Corte Suprema rechazó tajantemente emplear el artículo N° 396, dado que se encontraba sustentado en la presunción *pater is est*, lo que significaba que, existiendo una paternidad declarada por la ley a favor del marido, el verdadero progenitor no podía reconocer el hijo de mujer casada, siempre que dicho marido no haya obtenido con anterioridad una sentencia favorable dentro de un proceso de impugnación de paternidad. Sin embargo, al amparo del derecho a la identidad, a la verdad biológica y a la realidad de las relaciones familiares, los magistrados hicieron caso omiso al contenido de la norma, y permitieron que los progenitores procedan con el reconocimiento de los hijos matrimoniales así el marido no haya impugnado.” Disponible en: E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, “La presunción *pater is est* ahora puede destruirse con la mera declaración de la madre”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 63, 2018, p. 152.

¹⁶⁵ “De igual forma citamos la casación N° 864-2014-ICA. Una persona impugna la paternidad al haber incurrido en un engaño por parte de la madre, corresponde en el caso en particular la interpretación sistemática del artículo N° 395 del Código Civil peruano con el artículo N° 2 de la Constitución Política del Perú y el artículo N° 6 del Código de los Niños y Adolescentes, dichos artículos contemplan el derecho a la identidad el cual incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres. El artículo N° 395 establece que, el acto de reconocimiento de un hijo es irrevocable, una vez que se lleva a cabo no se puede impugnar. Sin embargo sí se puede invocar anulabilidad o nulidad del acto cuando se produjo a través, por ejemplo, por engaño, amenaza, dolo, etc.” Disponible en: <https://lpderecho.pe/casacion-864-2014-ica-cabe-nulidad-partida-nacimiento-por-engano-sobre-la-paternidad-del-hijo/>. Consultado: 20/06/2021

considerar la conducta dañosa por parte de la esposa al tener la intención de atribuir una falsa paternidad.

Podemos concluir respecto de la jurisprudencia que el derecho a la identidad de un niño, niña y/o adolescente es parte fundamental en la vida y desarrollo personal de toda persona, es por ello que es tan determinante establecer una paternidad que guarde relación con el vínculo biológico, tanto para la filiación matrimonial como extramatrimonial.

En el presente capítulo hemos analizado una posible consecuencia a partir de la reciente modificatoria del Decreto Legislativo N° 1377, dado que se modificaron artículos relacionados a la presunción de paternidad matrimonial y en especial el artículo N° 396, el cual hace referencia al reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, la reciente modificatoria permite a la madre declarar expresamente que el cónyuge no es el padre biológico, y consecuentemente el hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su verdadero padre cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido, procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

La excepción que se incorporó al artículo es que ahora la madre tendrá la facultad de declarar expresamente lo contrario, dado que en el texto anterior del artículo N° 396 indicaba que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, la consecuencia que hemos analizado en el desarrollo de este tema de investigación es sobre el supuesto en que la madre no declara expresamente que el cónyuge no es el padre biológico, a pesar de que con esta modificatoria ya podrá manifestar la verdadera identidad del menor y así ser reconocido por el padre biológico.

El cónyuge podrá demandar indemnización por daño moral por falsa atribución de paternidad, debido a que la madre pudo declarar expresamente quién era el padre biológico y no atribuirle una falsa paternidad, esta demanda tendría como sustento el análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil, los cuales los mencionaremos de manera breve. La antijuridicidad o el hecho antijurídico que se presenta en el supuesto del tema de investigación lo encontramos en el artículo N° 1969 del Código Civil, el cual establece que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo

por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, el daño generado por la madre hacia el cónyuge es evidente.

El daño moral que padece el esposo debido a una falsa atribución de paternidad es la consecuencia del hecho que la madre no declaró expresamente que no era el padre biológico, generándole daño moral al esposo a nivel personal. La relación de causalidad o nexo causal es la relación evidente de causa-efecto, en base a la causa adecuada, es decir, el hecho de atribuir una falsa paternidad al marido tiene como consecuencia el daño generado al esposo, al hacerle creer que es padre del niño, niña y/o adolescente, cuando la realidad biológica es distinta y por último el factor de atribución, en este supuesto sería el dolo, al tener conocimiento previo que el esposo no es el padre biológico y permite que surta efecto la presunción de paternidad matrimonial.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La reparación de daños en las relaciones familiares es admisible, considerando que se protege a cada miembro de forma individual; y el hecho de formar parte de una familia no es un atenuante. El derecho de no dañar contemplado en el artículo N° 1969 es aplicable a todos sin excepción, por lo tanto se aplicaría a los miembros de una familia sin ningún tipo de distinción.

El daño es probado cuando el cónyuge mediante una prueba de ADN obtiene como resultado que no es el padre biológico del presunto hijo matrimonial, generando trastornos emotivos y psicológicos al descubrir que no existe ningún vínculo filial con el menor.

SEGUNDA: El cónyuge puede demandar por indemnización de daño moral por falsa atribución de paternidad. La omisión dolosa conlleva a un daño moral que pudo evitarse de tomar las medidas adecuadas para prevenirlo, dado que la madre puede declarar que el cónyuge no es el padre biológico (ausencia de vínculo biológico), y consecuentemente un tercero lo reconozca como hijo extramatrimonial, en el tema de investigación se analizaron los presupuestos de la responsabilidad civil, los cuales los analizaremos brevemente en el siguiente punto enfocándonos en la falsa atribución de paternidad.

TERCERA: La antijuridicidad se basa en el Artículo N° 1969, el que causa un daño a otro por culpa o dolo debe indemnizarlo, el daño se da cuando la presunción de paternidad surte efectos. El daño claramente se presenta al momento de permitir que surta efecto la presunción de paternidad y omitir dolosamente declarar respecto de la paternidad del niño, niña y/o adolescente, pese a que la madre actualmente tiene la facultad de declarar expresamente que el esposo no es el padre biológico, al omitir tal declaración permite que el cónyuge asuma una paternidad que no le corresponde, el daño está hecho, generando consecuencias y trastornos emocionales para el cónyuge al tomar conocimiento que no es el padre biológico del menor.

CUARTA: El nexo causal es la relación entre la omisión dolosa de declarar expresamente respecto de la filiación matrimonial con el fin de contradecirla, y como consecuencia la presencia del daño hacia el cónyuge por la pérdida de un hijo o de un vínculo filial que nunca

existió, es por ello que el nexo causal parte de la omisión dolosa como generadora del daño moral directo hacia el cónyuge afectado. El factor de atribución sería el dolo omisivo, puesto que la madre pudo evitar el daño, al tener conocimiento de la paternidad pudo declarar expresamente que el cónyuge no era el padre biológico y así evitar que surta efecto la presunción de paternidad matrimonial.

QUINTA: En los casos en los que haciendo uso de la presunción de paternidad de mujer casada, la esposa permitiera que se inscriba al niño, niña y/o adolescente como hijo biológico de su esposo -pese a no obedecer esto a la realidad biológica de este-, aprovechando la figura de la presunción de paternidad y el desconocimiento del padre respecto de la verdad biológica de su supuesto hijo se generaría una conducta antijurídica, regulada en el artículo N° 1969 del Código Civil Peruano, la cual tendría como consecuencia daños morales por falsa atribución de paternidad al cónyuge, al enterarse que no es el padre biológico.

BIBLIOGRAFÍA

- A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil*. Universal, Santiago, 1981.
- A. BELEN PROST, “Procede la indemnización por daño al proyecto de vida en los supuestos de falsa atribución de paternidad”, *Jornadas sobre el nuevo Código civil y comercial*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2014
- A. PLACIDO VILCACHAGUA, “Causales de separación de cuerpos. Comentario al artículo N° 333”, *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010, tomo II.
- A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, “El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor –o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación”, *Revista Díké PUCP*.
- A. NÚÑEZ DEL PRADO SIMONS, “Fundamentos del seguro de responsabilidad civil Legislación en Perú”, *RIS*, n° 41, 2014.
- A. TORRES VÁSQUEZ, *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia*, Idemsa, Lima, 2002, 6 ed
- B. AGUILAR LLANOS, *Derecho de Familia*, Ediciones Legales, Lima, 2013.
- B. AGUILAR LLANOS, *La familia en el Código Civil Peruano*, Edilegsa, Lima, 2008
- C. CANALES TORRES, “En busca de fortalecer el reconocimiento de la identidad, la intimidad y una clara determinación de la filiación de los menores”, *Gaceta civil & Procesal civil*, N° 63, septiembre 2018.
- C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual, *Themis*, N° 38, 1998.
- C. FERNANDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990.

C. LEPIN MOLINA, *Responsabilidad civil y familia*, en D. VARGAS ARAVENA (coord.), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

D. BRAVO GAMARRA, “Impugnación de paternidad matrimonial y derecho a la identidad del menor de edad”, *Revista de Actualidad Jurídica la Tribuna del Abogado*, N° 6, 2014.

E. BUSTAMANTE OYAGUE, “Medios probatorios de la filiación. Comentario al artículo N°375”, *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010, tomo II.

E. BUSTAMANTE OYAGUE, “Contestación de la paternidad. Comentario al artículo N°363”, *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010, tomo II,

E. FARNÓS AMORÓS, “Remedios Jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, *Derecho privado y constitución*, N° 25, enero-diciembre 2011.

E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, *Revista IUS*, N° 39, vol. 11, 2017.

E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Grijley, Lima, 2004.

E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Filiación, derecho y genética*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999.

E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, “La presunción pater is est ahora puede destruirse con la mera declaración de la madre”, *Gaceta civil & Procesal civil*, N° 63, septiembre 2018.

E. VARSÍ ROSPIGLIOSI. *Tratado de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, Fondo editorial PUCP, Lima, 2001, vol. IV, tomo I

G. FERNÁNDEZ CRUZ, *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*, Fondo editorial PUCP, Lima, 2019.

G. MEDINA, “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado de Argentina”, *Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano*, Argentina, N° 3, 2015.

H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho Familiar Peruano*. Sociedad Paterno-Filial, Librería Studium, Lima, 1988, 7° ed.

J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*. Grijley, Lima, 2012, 6ª ed., tomo I.

J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, Iustitia S.A.C, Lima, 2012, 6ª edición.

J. ESPINOZA ESPINOZA, “La perspectiva de modernización del Derecho de las obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana.”, *Revista IUS ET VERITAS*, N° 48, 2014.

J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, Instituto Pacífico, Lima, 2019, Tomo I.

J. PERALTA ANDÍA, *Derecho de Familia en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2008, 4° ed.

J. SARAVIA QUISPE, “La consolidación del estado de familia, la identidad estática y dinámica del niño y su integración a su familia biológica como derechos del hijo en el proceso de impugnación de paternidad”, *UNIFE*, N° 07, 2018.

J. VALENZUELA DEL VALLE, “Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 1, 2012.

L. MONGE TALAVERA, “Presunción de filiación matrimonial. Comentario al artículo N°362”, *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010, tomo II.

L. TABOADA CÓRDOVA, *Elemento de la Responsabilidad Civil*. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil Contractual y Extracontractual. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, 2 ed.

M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil, derecho de familia*, Edisofer, Madrid, 2018, 12 ed.

M. ALBALADEJO GARCÍA, “Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural, Anuario de Derecho Civil”. Madrid, 1951, tomo I.

M. FERNÁNDEZ REVOREDO. *Manual de derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

M. MIRANDA CANALES. *El ADN como prueba de la filiación en el Código Civil peruano*, Ediciones jurídicas, Lima, 2007.

M. RIVERO DE ARHANCET, “Daños vinculados a la filiación extramatrimonial”, en C. LEPIN MOLINA *et alii*, “*Responsabilidad Civil y Familia*”, Thomson Reuters La ley, Chile, 2014.

M. SOKOLICH ALVA, “Retos del Estado peruano como garante de los derechos humanos de la infancia: El derecho a la identidad de las niñas, niños y adolescentes a propósito del Decreto Legislativo 1377”, *Lumen*, N° 14, enero 2019.

M. SOKOLICH ALVA, “Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú. En: Persona y Familia.”, *Revista del Instituto de la Familia. Facultad de Derecho de la UNIFÉ*, vol. 01. N° 01, 2012.

M. TORRES MALDONADO. *La responsabilidad civil en el derecho de familia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016.

P. MENDOZA ALONZO, “Daños morales por infidelidad matrimonial, un acercamiento al derecho español”, *Revista chilena de derecho y ciencia política*, vol. 2, N° 2, 2011.

R. ALVAREZ VIGARARY, La responsabilidad por daño moral, *Anuario de Derecho Civil*, N° 1, vol. 19, 1966, p. 105

R. CÁRDENAS KRENZ, “Negación de la paternidad del marido por parte de la esposa”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 64, Octubre 2018.

R. JARA QUISPE, *Manual de Derecho de Familia. Doctrina Jurisprudencia y Práctica, Jurista*.

R. RODRÍGUEZ ITURRI, *Instituciones del Derecho Familiar no patrimonial peruano*, Fondo editorial PUCP, Lima, 2018, 1ª ed.

V. NEVADO CATALAN. “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”. *Indret Revista para el análisis del derecho*, Madrid, 2018.

V. NINA COHAILA, “El derecho de filiación en el sistema legal peruano”, *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna*, N° 5, (2011),

Otras fuentes

Congreso de la República del Perú, *Constitución Política del Perú 1993*, Perú, entrado en vigencia el 01 de enero de 1994.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Decreto Legislativo N° 295, *Código Civil*, Perú, entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N° 1377, *Decreto Legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescente*, Perú, entrado en vigencia el 24 de agosto de 2018.

Asamblea General de la ONU. *Convención sobre los derechos del niño*. Celebrada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Perú el 04 de septiembre de 1990.

Casación N° 2726-2012-Del Santa. El Peruano de 17 de julio de 2013.

Casación N° 6822-2015-Lima. El Peruano de 13 de julio de 2016.

Casación N° 4122-2014-Tumbes. El Peruano de 30 de septiembre de 2016.

Casación N° 2731-2018-Lima, El Peruano de 01 de Julio de 2019.

Tercer Pleno Casatorio civil – Casación 4664-2010-Puno, El Peruano de 18 de marzo de 2011.

Exp. N° 00154-2009-0-3204-JP-CI-03, 02 de febrero de 2018

Exp. N° 4666-2012, 30 de octubre de 2012

Exp. N° 2003-0839-251801-JF01, 2004

Consulta N° 370-2005-Chimbote de fecha 18 de abril de 2005

Consulta N° 1388-2010-Arequipa de 08 de julio de 2010

Anexo 01: Plan de tesis aprobado.