



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO**



TÍTULO:

**“LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA MADRE
POR EL ENGAÑO DE LA PATERNIDAD EN LA
LEGISLACIÓN PENAL PERUANA”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

BACHILLER:

KETTY CHARITO GUERRERO TINEO.

CHICLAYO – PERÚ

2019

I. Aspectos informativos:

Autor: Bach. KETTY CHARITO GUERRERO TINEO.

1. Tipo de Investigación:

- Básica, cualitativa y descriptiva-propositiva

2. Tesis para optar:

- Título Profesional de Abogado

3. Localidad e Institución donde se desarrollado la investigación:

- Chiclayo - Universidad Particular de Chiclayo

4. Tiempo estimado que ha durado la investigación:

- Un año

5. Presentada por:

Bachiller: Ketty Charito
Guerrero Tineo

Asesor: Dr. Erwin Guzmán
Quispe Díaz

6. Aprobado por el Jurado:

Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente

Dra. Flor Obregón Vara
Secretario

Mg. Eleo Grillo Paico
Vocal

DEDICATORIA

A Dios,
por iluminarme siempre en los momentos más difíciles.

A mis familiares,
que con su apoyo han contribuido en mi formación personal y profesional.

A mis maestros de la Universidad Particular de Chiclayo,
por ser esos guías necesarios en el camino de mi mundo académico.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por el infinito amor que ha mostrado en mi vida.

A mis maestros de la Universidad Particular de Chiclayo, por ser parte de mi
formación humana y profesional.

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	8
RESUMEN.....	9
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCIÓN.....	11
<u>CAPITULO I:</u> ANÁLISIS DE ESTUDIO Y	
CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS.....	13
I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	13
1.1. Realidad problemática.....	13
1.2. Planteamiento del problema.....	15
1.3. Formulación del problema.....	16
1.4. Justificación e importancia del estudio.....	16
II. OBJETIVOS.....	17
2.1. Objetivos generales.....	17
2.2. Objetivos específicos.....	17
III. HIPÓTESIS Y VARIABLE.....	17
3.1. Hipótesis.....	17
3.2. Variable independiente.....	17
3.3. Variable dependiente.....	17
IV. MARCO METODOLÓGICO.....	17
4.1. Diseño y contrastación de hipótesis.....	17
4.2. Población y muestra.....	18
4.3. Materiales y técnicas de recolección de datos.....	19
4.4. Métodos.....	19

**CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DERECHO
PENAL.....20**

2.1.	ASPECTOS GENERALES.....	21
2.2.	EL DELITO.....	21
2.2.1.	ACCIÓN, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.....	24
2.3.	CONDUCTAS QUE GENERAN RESPONSABILIDAD.....	26

**CAPITULO III: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA MADRE POR EL
ENGAÑO DE LA PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL
PERUANA..... 33**

3.1.	CUESTIONES GENERALES.....	33
3.2.	ANÁLISIS DEL DE LA PROTECCIÓN DEL ESTADO CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.....	34
3.3.	ASPECTOS DE LA FILIACIÓN.....	34
3.4.	LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA MADRE POR EL ENGAÑO DE LA PATERNIDAD.....	36
3.5.	DERECHOS SE LESIONAN TRAS EL ENGAÑO DE LA MADRE SOBRE LA PATERNIDAD DE SU HIJO.....	39

**CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DEL DELITO DE ALTERACIÓN O SUPRESIÓN
DE LA FILIACIÓN DE MENOR (ART. 145° DEL CÓDIGO PENAL)..... 42**

4.1.	CUESTIONES GENERALES.....	42
4.2.	EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	43
4.3.	TIPO DEL INJUSTO.....	43
4.3.1.	TIPO DEL INJUSTO.....	43
4.3.2.	TIPO OBJETIVO.....	44
4.3.2.1.	SUJETOS.....	44
4.3.2.2.	PASIVO.....	44

4.3.2.3. ACTIVO.....	44
4.3.2.2. ACTOS MATERIALES.....	45
4.3.2.2.1. TIPO SUBJETIVO.....	49
4.3.2.2.2. CONSUMACIÓN.....	49
4.3.2.2.3. PENALIDAD.....	50

CAPITULO V: EL ENGAÑO DE LA PATERNIDAD EN EL DERECHO

COMPARADO.....	52
5.1. ESPAÑA.....	52
5.2. ARGENTINA.....	75

CONCLUSIONES.....	77
SUGERENCIAS.....	80
BIBLIOGRAFÍA.....	81
LINKOGRAFÍA.....	83
ANEXOS.....	84

ANEXO 01: Propuesta Legislativa

ANEXO 02: EXPEDIENTE 00154-2009-0-3204-PJ-CI-03 INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

ANEXO 03: SENTENCIA STS 1933/2015 DE PLENO DE 24 DE ABRIL DE 2015. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION.

PRESENTACIÓN

En esta investigación de tesis denominada “LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA MADRE POR EL ENGAÑO DE LA PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA”, se desarrolló en CAPITULO I: Análisis del Objeto de estudio y consideraciones metodológicas; en el Capítulo II: La responsabilidad penal en el Derecho Penal; en el Capítulo III: a responsabilidad penal de la madre por el engaño de la paternidad en la Legislación Penal Peruana; en el Capítulo IV Análisis del delito de alteración o supresión de la filiación de menor (art. 145° del Código Penal); y por último se desarrollará el Capítulo V: El Engaño de la paternidad en el Derecho Comparado.

RESUMEN

En el presente trabajo, se desarrolló como objetivo general, establecer si el engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad constituye responsabilidad penal en la Legislación Penal Peruana; y como objetivos específicos, realizar un análisis de la protección del Estado civil en el Código Penal Peruano; analizar qué derechos se lesionan tras el engaño de la madre sobre la paternidad de su hijo; analizar en el Código civil los aspectos de la filiación e impugnación de la paternidad. Se planteó la hipótesis, si, el engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad de su supuesto hijo constituye responsabilidad penal en la Legislación Penal Peruana, entonces se protegerán los derechos que se lesionan con el estado civil. Utilizando como variable independiente, la responsabilidad penal de la madre tras el engaño sobre la paternidad de su hijo; y como variable dependiente, la protección penal del estado civil del menor y del padre.

Palabras clave: madre, responsabilidad, penal, engaño, paternidad.

ABSTRAC

In the present work, was developed as a general objective, to establish whether the deception of the mother toward the father on fatherhood constitutes criminal responsibility in the Peruvian criminal legislation; the specific objectives, conduct an analysis of the protection of civil status in the Peruvian Penal Code; analyze what rights are injured after the deception of the mother on the paternity of your child; analyze in the civil code aspects of the sonship and contestation of paternity. It was hypothesized, yes, the deception of the mother to the father on the paternity of their supposed child constitutes criminal responsibility in Peruvian legislation, then this will protect the rights that are injured to marital status, civil status. Using as an independent variable, the criminal liability of the mother after the deception of the mother on the paternity of your child; and as the dependent variable, the criminal protection of marital status of the minor and of the Father.

Key words: mother, responsibility, criminal, deception, paternity.

INTRODUCCIÓN

La familia es reconocida como una institución natural y fundamental de la sociedad peruana, tal y como lo establece la Constitución Política en el artículo 4, en tal sentido, es evidente que el Estado a través del Derecho Penal proteja a la familia, haciendo uso de su poder punitivo para reprimir conductas que puedan afectarla.

Dentro de estas conductas se encuentran las protegidas en el Capítulo II “Delitos contra el estado civil”, en este capítulo se protege “la situación jurídica que la persona tiene por sus relaciones de familia, originadas en hechos naturales (nacimiento y sus relaciones con la filiación, sexo) o jurídicos (legitimación, reconocimientos, matrimonio, adquisición de ciudadanía por naturalización y su pérdida), que la individualiza en la sociedad en que vive”. (creus, 1998 ,p.241)

En el Capítulo II “Delitos contra el estado civil” se encuentra el artículo 145° que sanciona cuatro conductas típicas, la primera de las conductas es la de exponer a un menor con la finalidad que el agente o sujeto activo coloque al menor en un lugar en donde no se le pueda determinar su filiación. La segunda conducta es la de ocultar a un menor para alterar o suprimir su filiación, que se configura cuando el agente sustrae al menor de las personas que pueden tener conocimiento de su nacimiento y no puedan darle su filiación real. La tercera conducta es la de sustituir a un menor por otro, que se configura cuando el agente con la finalidad de alterar o suprimir la filiación, sustituye a un menor en el lugar de otro. Y la última conducta es la de atribuir falsa filiación a un menor y se configura cuando el agente suprime la filiación real atribuyéndole padres imaginarios o en el caso negándole al menor sus padres, o cuando los padres mismos niegan la filiación de su propio hijo.

Dentro de esas conductas sancionadas en el artículo 145° se pretende analizar la responsabilidad penal que tiene la madre por el engaño de la paternidad, por ser

una conducta reiterada en la sociedad que lesiona no sólo los derechos del menor como el derecho que este tiene a conocer a su procreador, sino que también lesiona el derecho que tiene el padre, a quien se le ha frustrado su realización personal.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

En este capítulo se desarrollaron las consideraciones metodológicas de este trabajo de investigación de tesis: Realidad problemática, planteamiento del problema, problema, justificación, objetivos generales, objetivos específicos, hipótesis, variables, métodos y técnicas de la investigación.

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. Realidad Problemática

Es una práctica común en la sociedad que la mujer engañe a su pareja y le atribuya una paternidad que no le corresponde, en razón de obtener una posición económica, o para no ser descubierta por haber cometido infidelidad (conducta no punible penalmente), o quizás por el hecho de conservar su honor frente a la sociedad.

Alrededor de un 30 por ciento de mujeres que entabla un proceso judicial por paternidad se equivoca al señalar a la persona que atribuye como progenitor, según revelan las pruebas de ADN practicadas para determinar la filiación paterna¹. (Andina, 30/06/2010).

El Código Civil establece en el artículo 361 lo siguiente: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, es decir que el hijo que naciera dentro del matrimonio, se presume que es hijo del cónyuge, por lo que la ley protege al niño y a la madre de la indefensión o el estado de necesidad.

¹<http://andina.pe/agencia/noticia.aspx?id=303927>

Así mismo, el Código Civil faculta al supuesto padre o la madre para que pueda negar tal reconocimiento en el caso de tener conocimiento de que no es su hijo, tal y como lo establece el artículo 399°. El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de que se tuvo conocimiento del acto, como lo establece el artículo 400° del cuerpo legal en comento.

El engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad genera una problemática que necesita ser resuelta. El Tribunal Constitucional ha resuelto casos relacionados con la declaración de la paternidad. Así tenemos el Proceso de Amparo N° 4167-2011-Callao, sobre la filiación de reconocimiento de paternidad contra la sucesión de su padre biológico. La Casación N° 1303-2013-San Martín, por el que una mujer adulta exigía la impugnación de paternidad de su padre legal, tras enterarse de la existencia de su verdadero padre biológico. La Casación N° 2726-2012-DEL SANTA, correspondiente a la pareja de la madre que, pese a no negar la paternidad del hijo de un tercero, esta le fue reconocida judicialmente al padre biológico. La Casación N° 3797-2012-Arequipa, en la que se determinó que no es posible impugnar la paternidad fuera del plazo de noventa días que dispone el artículo 400 del Código Civil. La Casación N° 864-2014-Ica, por la que se acogió el caso de un hombre que había reconocido al hijo de su pareja creyendo que era el padre biológico cuando en realidad no lo era. La Casación N° 5517-2009-Cajamarca, en dónde se estableció que en el caso, la convivencia se había complicado ante la noticia del engaño y que, además, se había afectado el honor a nivel público y privado de quien hasta entonces se consideraba padre del niño. Y por último, el Expediente N° 04305-2012-PA/TC en el que, se señala que la declaración de paternidad no es exigible cuando el hijo fallece.

1.2. Planteamiento del Problema

La familia es reconocida como una institución natural y fundamental de la sociedad peruana, tal y como lo establece nuestra Constitución Política en el artículo 4, en tal sentido, es evidente que el Estado a través del Derecho Penal proteja a la familia, haciendo uso de su poder punitivo para reprimir conductas que puedan afectarla.

Dentro de estas conductas se encuentran las protegidas en el Capítulo II “Delitos contra el estado civil”, en este capítulo se protege “la situación jurídica que la persona tiene por sus relaciones de familia, originadas en hechos naturales (nacimiento y sus relaciones con la filiación, sexo) o jurídicos (legitimación, reconocimiento, matrimonio, adquisición de ciudadanía por naturalización y su pérdida), que la individualiza en la sociedad en que vive”. (creus, 1998,p.241)

En el Capítulo II “Delitos contra el estado civil” se encuentra el artículo 145° que sanciona cuatro conductas típicas, la primera de las conductas es la de exponer a un menor con la finalidad que el agente o sujeto activo coloque al menor en un lugar en donde no se le pueda determinar su filiación. La segunda conducta es la de ocultar a un menor para alterar o suprimir su filiación, que se configura cuando el agente sustrae al menor de las personas que pueden tener conocimiento de su nacimiento y no puedan darle su filiación real. La tercera conducta es la de sustituir a un menor por otro, que se configura cuando el agente con la finalidad de alterar o suprimir la filiación, sustituye a un menor en el lugar de otro. Y la última conducta es la de atribuir falsa filiación a un menor y se configura cuando el agente suprime la filiación real atribuyéndole padres imaginarios o en el caso negándole al menor sus padres, o cuando los padres mismos niegan la filiación de su propio hijo.

Dentro de esas conductas sancionadas en el artículo 145° se pretende analizar la responsabilidad penal que tiene la madre por el engaño de la paternidad, por ser una conducta reiterada en la sociedad que lesiona no sólo los derechos del menor como el derecho que este tiene a conocer a su procreador, sino que también lesiona el derecho que tiene el padre, a quien se le ha frustrado su realización personal.

1.3. Formulación del Problema

¿El engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad constituye responsabilidad penal en la Legislación Peruana?

1.4. Justificación e Importancia del Estudio

La investigación planteada, contribuirá a fortalecer el conocimiento sobre la responsabilidad penal de la madre cuando engaña al padre sobre la paternidad de su hijo. Asimismo se pretende fortalecer la institución de la familia, como célula natural y fundamental de la sociedad, porque el derecho penal protege a la familia de cualquier conducta que pueda atentar contra esta institución tan importante para la sociedad y el Estado mismo.

El presente trabajo es importante porque contribuirá con la ciencia jurídica, ya que se pretende dar solución a la aplicación de las diversas teorías de la dogmática penal, para la solución real de problemas de nuestra sociedad. Por consiguiente, el desarrollo de este proyecto de investigación de tesis resulta viable para ser abordado y contrastado en la Facultad de Derecho de la “UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO”.

II. OBJETIVOS

2.1. Objetivos Generales

- Establecer si el engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad constituye responsabilidad penal en la Legislación Penal Peruana.

2.2. Objetivos Específicos

- Realizar un análisis de la protección del estado civil en el Código Penal Peruano.
- Analizar qué derechos se lesionan tras el engaño de la madre sobre la paternidad de su hijo.
- Analizar en el Código Civil, aspectos de la filiación e impugnación de la paternidad.

III. HIPÓTESIS Y VARIABLE

3.1. Hipótesis

- Si, el engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad de su supuesto hijo, constituye responsabilidad penal en la Legislación Peruana, entonces se protegerán los derechos que se lesionan con el Estado civil.

3.2. Variable Independiente

- La responsabilidad penal de la madre tras el engaño sobre la paternidad de su hijo.

3.3. Variable Dependiente

- La protección penal del Estado Civil del menor y del padre.

IV. MARCO MEDOLÓGICO

4.1. Diseño y Contrastación de Hipótesis

Formulación del problema	Objetivo General	Objetivos específicos	Hipótesis	Variables
¿El engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad constituye responsabilidad penal en la Legislación Peruana?	- Establecer si el engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad constituye responsabilidad penal en la Legislación Penal Peruana.	- Realizar un análisis de la protección del estado civil en el Código Penal Peruano. - Analizar qué derechos se lesionan tras el engaño de la madre sobre la paternidad de su hijo. - Analizar en el Código Civil aspectos de la filiación e impugnación de la paternidad.	- Si, el engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad de su supuesto hijo constituye responsabilidad penal en la Legislación Peruana, entonces se protegerán los derechos que se lesionan con el estado civil.	Variable Independiente - La responsabilidad penal de la madre tras el engaño de la madre sobre la paternidad de su hijo. Variable Dependiente -La protección penal de Estado civil del menor y del padre.

4.2. Población y Muestra

La muestra “es un subgrupo de la población de interés (sobre el cual se recolectarán datos, y que tiene que definirse o delimitarse de antemano con precisión), éste deberá ser representativo de la población.” (Hernández Sampieri, 2006, p. 236).

Esta investigación de tesis, es una investigación cualitativa y no cuantitativa, por lo que se ha omitido la población y muestra, en razón de que no se está estudiando el impacto que pueda tener el tema de investigación sobre un determinado grupo social. Por ser una investigación cualitativa, se realizó un análisis normativo nacional e internacional del engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad de su supuesto hijo, si es una conducta punitiva de

acuerdo al lineamiento de esta investigación en nuestra legislación peruana, así como en el derecho comparado.

4.3. Materiales y Técnicas de Recolección de Datos

Entre las técnicas que se emplearon en la presente investigación tenemos:

Análisis documental: Es una técnica basada en fichas bibliográficas que tienen como propósito analizar material impreso. Se usa en la elaboración del marco teórico del estudio. Para una investigación de calidad, se sugiere utilizar simultáneamente dos o más técnicas de recolección de información, con el propósito de contrastar y complementar los datos. (Bernal Torres, 2006, p.177)

Se utilizó también el llamado “proceso de recolección de información mediante la observación”: Igual que con las técnicas mencionadas para el proceso de observación no hay un modelo o una guía únicos a seguir para la recolección de la información en investigación científica; sin embargo, a continuación, se presenta una guía general que sirve a tal propósito. Los pasos a tomar en cuenta son: a) Fase inicial de la recolección de la información. b) Fase de observación. c) Fase de finalización. (Bernal Torres, 2006, p.229)

4.4. Métodos

Se trata de una investigación causal-explicativa pues, está orientada a descubrir las variables tanto independientes y concurrentes como las variables dependientes del problema de investigación.

Método dogmático acota Lorenzo Morillas Cueva (2006), “es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma. La característica de este método jurídico

(sistema) es la interpretación de la ley. La sede de la dogmática es la norma y el valor, pero no es absoluto en la medida que aceptará realidad y valor.”(p. 243)

Método hermenéutico acota César Bernal Torres (2006), citando a Valencia García: “(...) comprendemos cuando establecemos relaciones circulares entre el todo y las partes, donde la anticipación del posible sentido está confirmada o superada en la contrastación con la coherencia significativa de todo el universo del hecho estudiado.” (p.35)

CAPITULO II:

LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DERECHO PENAL.

En este segundo capítulo abordaremos el delito como fenómeno criminal y los elementos que lo configuran, así como cuáles son las conductas que generan responsabilidad penal o son punibles.

2.1. ASPECTOS GENERALES

La responsabilidad penal es entendida como la consecuencia jurídica del delito. Toda conducta contraria al ordenamiento jurídica que es realizada por un sujeto es imputable y genera responsabilidad penal, bien sea por la lesión total o parcial de un bien jurídico. La responsabilidad penal la determina el Estado, que para proteger los bienes jurídicos impone una pena como consecuencia del acto delictivo.

Tipos de responsabilidad penal, puede ser común o especial de acuerdo al delito. Así la responsabilidad común es cuando la conducta típica es realizada por cualquier persona como por ejemplo: el robo, el abuso sexual, etc., el sujeto activo siempre va a ser denominado con “el que”, indicando que puede ser cualquier persona. Por otro lado cuando el delito es de comisión especial, se da cuando la conducta típica es cometida por un sujeto o agente con cualidades especiales, es decir que por su condición sólo él puede ser autor de ese delito como por ejemplo en los delitos de: peculado, concusión, etc.

2.2. EL DELITO

Para Hurtado Pozo (1987), el delito “es concebido como un comportamiento humano (controlado por la voluntad), típico, ilícito y culpable. Por típico, se entiende de "conforme a la descripción contenida en la disposición penal" (Tatbestand). Esta última, llamada entre nosotros tipo legal, fue considerada un descubrimiento revolucionario. La culpabilidad fue vista como el aspecto

subjetivo del comportamiento (evento físico exterior) que consistía en la relación psicológica existente entre el autor y su acción. El carácter ilícito del acto fue explicado recurriendo al positivismo jurídico que reducía al derecho a un conjunto de normas dictadas por el legislador. El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo. (p.160)

Para Santiago Nino (1980), “La teoría continental del delito originariamente fue, y aún es, preponderantemente, un producto alemán que adquirió impulso con la sanción del Código Penal de 1871. Su punto inicial puede encontrarse en la preocupación de los juristas por distinguir las diferentes condiciones generales de la responsabilidad criminal, dando a la enumeración de estas condiciones el status de una definición de "delito". (p.38)

Santiago Nino (1980) define al delito cómo: "una acción típica, antijurídica y culpable" contiene un conjunto de directivas dirigidas a los legisladores y jueces acerca de las condiciones que se deben cumplir en la regulación y adjudicación de responsabilidad penal". (p.78)

Para Mir Puig (2005) el delito es “un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible”. (p.145)

Para Zaffaroni (2009) “el delito es— una conducta humana. Por ende, lo primero que debe responderse es si hay sustancia, sustantivo, o sea, una conducta, presuponiendo que existe un ser humano. Este sustantivo se convierte en delito cuando recibe tres adjetivos (o caracteres específicos): Tipicidad (debe generar un conflicto lesivo de bienes ajenos y prohibidos por la norma penal), antijuricidad (cuando no existe ningún permiso jurídico) y culpabilidad (el injusto debe ser reprochable en forma personal)”. Para

Zaffaroni, deben cumplirse los tres adjetivos o caracteres específicos y si faltara uno no habría delito como tal; para este autor, la indagación acerca del delito es escalonada, es decir que, constatada la ausencia de conducta - falta de sustantivo- no tiene sentido preguntarse por los adjetivos restantes. (p. 57-59)

Para Bacigalupo (1996), en cambio, “la definición del delito de un derecho penal de hecho podría encararse, en principio, desde dos puntos de vista. Si lo que interesa es saber lo que el derecho positivo considera delito (problema característico del juez), la definición podría lograrse recurriendo a la consecuencia jurídica del hecho concreto; en este sentido, será delito todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley. Por el contrario, si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena (problema característico del legislador) esa definición no servirá, pues no podrá referirse a la pena, sino al contenido de la conducta. Dicho de otra manera: la definición del delito dependerá, en principio, de si lo que quiere caracterizarse son los comportamientos punibles o los merecedores de pena. El primer concepto dio lugar a un llamado concepto "formal" del delito, mientras el segundo fue designado como concepto "material" del mismo. Sobre todo, bajo el imperio del positivismo legal ambos conceptos se mantuvieron estrictamente separados en razón de la particular distinción del positivismo de la aplicación del derecho y la creación del derecho, es decir, la dogmática jurídica y la política”. (p.8)

Para Jiménez de Asúa (1980) “el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían éstas: actividad; adecuación típica; antijuricidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad”. (p.207)

En efecto, se entiende por delito a la acción típica, antijurídica y culpable o responsable penalmente, así como hemos visto en las definiciones que los autores antes mencionados utilizan para definir el delito.

2.2.1. ACCIÓN, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.

La definición de delito como hemos visto, es concebida como una acción típica, antijurídica y culpable, es a partir de esta definición que se estructura la teoría del delito como hoy la conocemos.

- TIPICIDAD:

La tipicidad para Garrido Montt (2003), es la descripción hecha por la ley penal del comportamiento humano socialmente relevante y prohibido (acción u omisión), en su fase subjetiva y objetiva. De acuerdo a este autor, al enunciar el concepto de tipo penal se ha hecho referencia a lo que normalmente se califica como tipo sistemático, a la descripción de la conducta prohibida. El denominado tipo garantía se vincula con el principio de la legalidad, presupone la comprensión de todos los presupuestos requeridos para la imposición de pena (p.45).

En palabras de García Caveró (2008), la conducta delictiva, para ser tal, debe estar contemplada en un tipo penal, es decir, en una disposición penal de parte especial que establezca sus elementos constitutivos. La falta de tipicidad de una conducta impide que se le pueda imponer las consecuencias jurídicas previstas en el tipo penal. Debe quedar claro que la tipicidad no solo permite delimitar la conducta permitida de la prohibida, sino también diferenciar las distintas formas de conducta prohibida en orden a sus consecuencias jurídicas. (p.305).

- **ANTI JURICIDAD:**

Para Garrido Montt (2003), la antijuridicidad es un elemento del delito cuya constatación debe llevarse a efecto, metodológicamente, después que se ha determinado el carácter típico de un comportamiento. (p.101). De acuerdo a Garrido Montt (2003), la antijuridicidad es la constatación de que el ordenamiento jurídico no autoriza, en una situación específica, la ejecución de un comportamiento típico; es la comprobación de que un acto prohibido por la norma penal no está excusado por una causal de justificación. El comportamiento típico se presenta así como indicio de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*).

En concepto de García Caveró (2008), la categoría de la antijuridicidad constituye el elemento del delito que termina de perfilar el injusto penal. Para que una conducta tenga carácter de injusto penal no basta con que sea típicamente relevante, sino que resulta necesario que cuente con un nivel de desvalor que permita sustentar su contrariedad al ordenamiento penal. (p.465).

- **CULPABILIDAD:**

La comprobación de la realización de una acción típica, antijurídica y atribuible no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal o responsabilidad criminal depende de que el autor haya obrado culpablemente. La culpabilidad, por tanto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma. (Bacigalupo, 1996, p. 147)

Para Zaffaroni (2009), “la culpabilidad es el juicio de reproche personalizado que se le formula al autor de un injusto, en razón de que en la circunstancia concreta en que actuó tuvo una mayor o menor posibilidad de actuar de otra manera no lesiva o menos lesiva. En este juicio se toma en cuenta la personalidad del agente, pero no para reprochársela, sino como elemento a tener en cuenta para dimensionar su ámbito concreto de autodeterminación en la constelación situacional del injusto (si es valiente, tímido. extrovertido. introvertido, etc.)”.

2.3. CONDUCTAS QUE GENERAN RESPONSABILIDAD PENAL

Las conductas que generan responsabilidad penal son las que están subsumidas en los tipos penales que se encuentran reguladas en el Libro segundo de la Parte Especial - delitos de nuestro Código Penal.

Estos delitos están estructurados por Títulos en los que se protegen diferentes bienes jurídicos:

- TITULO I: Delitos Contra la Vida el Cuerpo y la Salud (Artículo 106 al 129)
 - Capítulo I: Homicidio (Artículo 106 al 113)
 - Capítulo II: Aborto (Artículo 114 al 120)
 - Capítulo III: Lesiones (Artículo 121 al 124)
 - Capítulo IV: Exposición a peligro o abandono de personas en peligro (Artículo 125 al 129)
- TITULO II: Delitos Contra el Honor (Artículo 130 al 138)
 - Capítulo Único: Injuria, calumnia y difamación (Artículo 130 al 138)

- TITULO III: Delitos Contra la Familia (Artículo 139 al 150)
 - Capítulo I: Matrimonios ilegales (Artículo 139 al 142)
 - Capítulo II: Delitos contra el estado civil (Artículo 143 al 146)
 - Capítulo III: Atentados contra la patria potestad (Artículo 147 al 148)
 - Capítulo IV: Omisión de asistencia familiar (Artículo 149 al 150)

- TITULO IV: Delitos Contra la Libertad (Artículo 151 al 184)
 - Capítulo I: Violación de la libertad personal (Artículo 151 al 153)
 - Capítulo II: Violación de la intimidad (Artículo 154 al 158)
 - Capítulo III: Violación de domicilio (Artículo 159 al 160)
 - Capítulo IV: Violación del secreto de las comunicaciones (Artículo 161 al 164)
 - Capítulo V: Violación del secreto profesional (Artículo 165)
 - Capítulo VI: Violación de la libertad de reunión (Artículo 166 al 167)
 - Capítulo VII: Violación de la libertad de trabajo (Artículo 168)
 - Capítulo VIII: Violación de la libertad de expresión (Artículo 169)
 - Capítulo IX: Violación de la libertad sexual (Artículo 170 al 178)
 - Capítulo X: Proxenetismo (Artículo 179 al 182)

Capítulo XI: Ofensas al pudor público (Artículo 183 al 183-A)

Capítulo XII: Disposición común (Artículo 184)

- TITULO V: Delitos Contra el Patrimonio (Artículo 185 al 208)

Capítulo I: Hurto (Artículo 185 al 187)

Capítulo II: Robo (Artículo 188 al 189)

Capítulo II-A: Abigeato (Artículo 189-A al 189-C)

Capítulo III: Apropiación Ilícita (Artículo 190 al 193)

Capítulo IV: Receptación (Artículo 194 al 195)

Capítulo V: Estafa y otras defraudaciones (Artículo 196 al 197)

Capítulo VI: Fraude en la administración de personas jurídicas (Artículo 198 al 199)

Capítulo VII: Extorsión (Artículo 200 al 201)

Capítulo VIII: Usurpación (Artículo 202 al 204)

Capítulo IX: Daños (Artículo 205 al 206)

Capítulo X: Delitos Informáticos (Artículo 207-A al 207-C)

Capítulo XI: Disposición común (Artículo 208)

- TITULO VI: Delitos Contra la Confianza y la Buena Fe en los negocios (Artículo 209 al 215)

Capítulo I: Atentados contra el sistema crediticio (Artículo 209 al 213)

Capítulo II: Usura (Artículo 214)

Capítulo III: Libramiento y cobro indebido (Artículo 215)

- TITULO VII: Delitos Contra los Derechos Intelectuales(Artículo 216 al 225)
 - Capítulo I: Delitos contra los derechos de autor y conexos (Artículo 216 al 221)
 - Capítulo II: Delitos contra la propiedad industrial (Artículo 222 al 225)

- TITULO VIII: Delitos Contra el Patrimonio Cultural (Artículo 226 al 231)
 - Capítulo Único: Delitos contra los bienes culturales (Artículo 226 al 231)

- TITULO IX: Delitos Contra el Orden Económico(Artículo 232 al 243)
 - Capítulo I: Abuso del poder económico (Artículo 232)
 - Capítulo II: Acaparamiento, especulación, adulteración (Artículo 233 al 236)
 - Capítulo III: Venta ilícita de mercaderías (Artículo 237)
 - Capítulo IV: De otros delitos económicos (Artículo 238 al 243)
 - Capítulo V: Desempeño de actividades no autorizadas (Artículo 243-B)

- TITULO X: Delitos Contra el Orden Financiero y Monetario(Artículo 244 al 261)
 - Capítulo I: Delitos financieros (Artículo 244 al 251)
 - Capítulo II: Delitos monetarios (Artículo 252 al 261)

- TITULO XI: Delitos Tributarios (Artículo 262 al 272)
 - Capítulo I: Contrabando (Artículos 262 al 264) (Derogado)
 - Capítulo II: Defraudación Fiscal (Artículos 265 al 267) (Derogado)
 - Capítulo III: Elaboración y comercio clandestino de productos (Artículo 271 al 272)

- TITULO XII: Delitos Contra la Seguridad Pública (Artículo 273 al 303-A)
 - Capítulo I: Delitos de peligro común (Artículo 273 al 279)
 - Capítulo II: Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos (Art. 280 al 285)
 - Capítulo III: Delitos contra la salud pública (Artículo 286 al 303)
 - Capítulo IV: Delitos contra el orden migratorio (Artículo 303-A)

- TITULO XIII: Delitos Ambientales (Artículo 304 al 314-D)
 - Capítulo I: Delitos de Contaminación (Artículo 304 al 307-F)
 - Capítulo II: Delitos contra los Recursos Naturales (Artículo 308 al 313)
 - Capítulo III: Responsabilidad Funcional e Información Falsa (Artículo 314 al 314-B)
 - Capítulo IV: Medidas Cautelares y Exclusión o Reducción de Penas (Artículo 314-C al 314-D)

- TITULO XIV: Delitos Contra la Tranquilidad Pública (Artículo 315 al 318)
 - Capítulo I: Delitos contra la paz pública (Artículo 315 al 318)
 - Capítulo II: Terrorismo (Derogado)

- TITULO XIV-A: Delitos Contra la Humanidad (Artículo 319 al 324)
 - Capítulo I: Genocidio (Artículo 319)
 - Capítulo II: Desaparición forzada (Artículo 320)
 - Capítulo III: Tortura (Artículo 321 al 322)
 - Capítulo IV: Discriminación (Artículo 323)
 - Capítulo V: Manipulación Genética (Artículo 324)

- TITULO XV: Delitos Contra el Estado y la Defensa Nacional (Artículo 325 al 345)
 - Capítulo I: Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria (Artículo 325 al 334)
 - Capítulo II: Delitos que comprometen las relaciones exteriores del estado (Artículo 335 al 343)
 - Capítulo III: Delitos contra los símbolos y valores de la patria (Artículo 344 al 345)

- TITULO XVI: Delitos Contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional (Artículo 346 al 353)
 - Capítulo I: Rebelión, sedición y motín (Artículo 346 al 350)
 - Capítulo II: Disposiciones comunes (Artículo 351 al 353)

- TITULO XVII: Delitos Contra la Voluntad Popular (Artículo 354 al 360)

Capítulo Único: Delitos contra el derecho de sufragio (Artículo 354 al 360)

- TITULO XVIII: Delitos Contra la Administración Pública (Artículo 361 al 426)

Capítulo I: Delitos cometidos por particulares (Artículo 361 al 375)

Capítulo II: Delitos cometidos por funcionarios públicos (Artículo 376 al 401)

Capítulo III: Delitos contra la administración de justicia (Artículo 402 al 424)

Capítulo IV: Disposiciones comunes (Artículo 425 al 426)

- TITULO XIX: Delitos Contra la Fe Pública (Artículo 427 al 439)

Capítulo I: Falsificación de documentos en general (Artículo 427 al 433)

Capítulo II: Falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales (Artículo 434 al 437)

Capítulo III: Disposiciones comunes (Artículo 438 al 439)

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA MADRE POR EL ENGAÑO DE LA PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

3.1. CUESTIONES GENERALES

En la legislación peruana la madre no tiene responsabilidad penal por engañar al padre sobre la filiación de su supuesto hijo, sin embargo ante estos casos, el padre puede recurrir a la vía civil y demandar por daños y perjuicios por la atribución falsa y engañosa de paternidad del menor, es decir buscar el resarcimiento del daño moral causado al no poder determinar desde el principio la verdad Biológica del menor² por el engaño de la madre, causando así una pérdida de afectos y un vacío emocional, además del sentimiento de profunda frustración que ha generado al supuesto padre del menor. “Sobre este punto en particular la Corte Suprema en la Casación N° 5517-2009-Cajamarca, expresa que: “En el presente caso, la trascendencia de la permanente falsedad mantenida por la demandada no solo ha afectado la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges, sino además el honor, la dignidad personal e imagen del cónyuge afectado”. (STC N° 5517-2009).

Además esta conducta lesiva de bienes jurídicos, no sólo lesiona el honor y la imagen como ya lo hemos visto, sino que lesiona derechos con más contenido ius fundamental, como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y de cierta forma también se lesiona el derecho a la identidad del menor, se estaría hablando entonces de una lesión pluriofensivo, es decir, de una conducta que lesiona no uno, sino varios bienes jurídicos.

²“la verdad biológica es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución Política y tratados internacionales, por la cual cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente es su padre; por otro lado, la jurisprudencia y legislación admiten que el reconocimiento, como cualquier acto jurídico, puede ser invalidado por adolecer de defectos sustantivos o estructurales”. (CASACIÓN NRO. 950-2016)

3.2. ANÁLISIS DEL DE LA PROTECCIÓN DEL ESTADO CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

La protección del “Estado Civil”, en el Código Penal la encontramos en el TITULO III, de nomen iuris “Delitos Contra la Familia” (artículos 139 al 150), Capítulo II, de nomen iuris “Delitos contra el estado civil” (artículos 143 al 146).

La familia es reconocida por el Estado como un instituto natural y fundamental de la sociedad, como lo reafirma la Constitución Política en el Artículo 4°.

En tal sentido como afirma Salinas Siccha (2008), “es evidente la importancia de la familia para la organización y desenvolvimiento del Estado, en consecuencia el legislador no ha tenido otra alternativa que darle su real dimensión al momento de legislar y regular, a fin de no distorsionar los lazos nacidos del matrimonio, parentesco o afinidad. En esta línea del razonamiento, no resulta raro ni causal que el Estado haga uso del derecho punitivo para proteger a la familia y sancionar conductas que puedan afectarla”. (p. 362)

El Estado Civil para Siccha (2008) nos dice “la situación jurídica que una persona ocupa dentro de la familia y que se encuentre condicionada por diversos factores como el sexo, la edad, el matrimonio, el reconocimiento, la adopción. En consecuencia, desde la perspectiva jurídico penal se puede afirmar que el estado civil está constituido por el hecho de la pertenencia de una persona a una determinada familia. Se funda en la filiación o en el matrimonio”. (p. 360)

3.3. ASPECTOS DE LA FILIACIÓN

La Filiación es definida como el vínculo jurídico que existe entre un hijo y sus padres. Este vínculo adquiere relevancia jurídica cuando es plasmado

en el registro civil de nacimiento que genera la emisión del Acta de Nacimiento del menor, lo que le permite definir su identidad, su lugar en las relaciones de familia, así como el goce de sus derechos.

Cabe precisar que dentro del campo del derecho de familia, la identidad es una problemática que afrontan los niños en relación con su filiación principalmente paternal, debido a que una gran cantidad de procesos judiciales sobre filiación y vinculados a ellos como la pensión de alimentos, encuentran en la identidad un gran obstáculo para que los niños puedan acceder a una pensión digna, que les permita su desarrollo en todas las esferas de su vida. (Hawie, 2015, p.79)

Siguiendo a Fernández (2016), existen tres maneras de determinar la filiación:

1. La determinación legal: se trata de lo enunciado en el artículo 361° del Código civil, es decir de la presunción de paternidad por el que el hijo que naciera durante el matrimonio, se presume que es hijo de la unión marital.
2. La determinación voluntaria: se trata del reconocimiento voluntario que realizan los progenitores respecto de sus hijos extramatrimoniales.
3. La determinación judicial: se refiere a la paternidad o maternidad que se establece a través de una resolución judicial. (p. 60-61)

En cuanto al proceso de filiación es de reciente modificación LEY N° 30628, “LEY QUE MODIFICA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL”, por el que se ha generado discusión sobre aspectos inconstitucionales en cuanto que si el demandado

no pudiera pagar la prueba de ADN en el transcurso 10 días, es declarado automáticamente como padre; aunque cabe precisar que con esta ley se prioriza la identidad biológica del menor, el interés superior del niño, dignifica a la madre, se disminuye el valor de las tasas, se establece medidas para asumir el costo de la prueba de ADN, mediante el reembolso, además la prueba de ADN ante la ausencia o fallecimiento, se pueda tomar la prueba de algunos parientes directos a fin de determinar la certeza del vínculo filial.

3.4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA MADRE POR EL ENGAÑO DE LA PATERNIDAD

En este acápite desarrollaremos la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal.

1. Tipo Penal

De incorporarse el texto del artículo 147° del Código Penal Peruano, quedará redactado en los términos siguientes:

Artículo 147°:

La mujer que induce o mantiene en error al presunto padre mediante engaño, atribuyéndole falsa filiación que se demuestra mediante resolución judicial, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno, ni mayor de cuatro años.

2. Tipicidad Objetiva

De la redacción del tipo penal se evidencia que este encierra dos conductas que por sí solas constituyen hecho punible.

Las conductas ilícitas de carácter penal son las siguientes:

- a.** induce en error al presunto padre mediante engaño, atribuyéndole falsa filiación.

La conducta delictiva de inducir al presunto padre se configuraría cuando la madre o sujeto activo haciendo uso del engaño induce en error, de tal forma que este tenga por hijo a quien no lo es.

- b.** mantiene en error al presunto padre mediante engaño, atribuyéndole falsa filiación.

Esta conducta delictiva de mantener en error al presunto padre se configura cuando la madre o sujeto activo mantiene en error al presunto padre, no dejándolo salir de este error mediante el uso del engaño, de tal forma que este siga teniendo por hijo a quien no lo es.

2.1. Bien Jurídico protegido

El bien jurídico protegido en este tipo penal sería el Estado Civil, aunque cabe precisar que cabría la posibilidad de que estemos ante un delito pluriofensivo, pues no sólo lesiona el estado civil, sino también derechos de carácter ius fundamental, como el derecho al honor, a la identidad, a la dignidad, a la verdad biológica.

2.2. Sujeto activo

El sujeto activo de este tipo penal sería la madre, ya que no estamos ante un delito común con la denominación "el que", por lo que se necesitaría una condición especial de "madre" del menor para su comisión.

2.3. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo para este tipo penal sería el menor de edad y el supuesto padre.

3. Tipicidad Subjetiva

De la redacción del tipo penal se desprende que se trata de figuras delictivas necesariamente dolosas. No cabe la posibilidad de la

comisión por culpa. Es decir, que el sujeto activo de este delito necesariamente sabe o conoce que el menor de edad no es el hijo del supuesto padre y sin embargo lo hace pasar como tal, induciéndolo o manteniéndolo en error mediante el engaño.

4. Antijuricidad

Una vez que el operador jurídico llega a determinar que el hecho puesto en su conocimiento reúne los elementos que le dan tipicidad, le corresponderá verificar si en el hecho concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20° del Código Penal.

5. Culpabilidad

En caso de no concurrir en la conducta analizada alguna causa de justificación, estaremos ante una conducta típica y antijurídica, correspondiendo al operador jurídico determinar si el agente es imputable, es decir, es mayor de edad y no sufre de alguna anomalía psíquica. Luego le corresponderá verificar si el agente al momento de actuar lo hizo conociendo la antijuricidad de su conducta.

Finalmente, determinará si el agente en lugar de perfeccionar alguna de las conductas típicas y antijurídicas pudo actuar de manera distinta y evitar de ese modo caer en el delito.

6. Consumación

Las conductas punibles que encierra el tipo penal se perfecciona en el mismo momento que el sujeto activo logra su finalidad, la cual es inducir o mantiene en error al presunto padre mediante engaño, atribuyéndole falsa filiación. Si en cambio, en la conducta atribuida al agente, no apareciera el elemento objetivo de inducir o mantener en error al presunto padre mediante engaño, atribuyéndole falsa filiación, no estaremos ante un delito consumado sino frente a la tentativa.

7. Penalidad

La pena para este delito será de pena privativa de libertad no menor de uno, ni mayor de cuatro años.

3.5. DERECHOS QUE SE LESIONAN TRAS EL ENGAÑO DE LA MADRE SOBRE LA PATERNIDAD DE SU HIJO.

Derecho a la integridad moral

La integridad de la persona es un concepto que tiene que ver con la unidad, inseparabilidad e irrespetabilidad de cada ser humano. Porque goza de esas características, cada persona tiene derecho de mantenerlas juntas inseparables y sin daño que proceda de otro ser humano directa o indirectamente. (Rubio Correa, 1999, p. 130)

Para Rubio Correa (1999) entiende a la integridad moral “como el aspecto estrictamente espiritual de cada ser humano en el que residen sus convicciones religiosas, filosóficas, morales, políticas, sociales, ideológicas y culturales. Es decir todo aquello que lo hace un ser no sólo físico, emotivo e intelectual, sino que le da el valor trascendente de ser humano ubicado de una determinada manera, establecido con ideas propias sobre sí mismo y el mundo que lo rodea. Varias de estas dimensiones del ser humano han sido protegidas con otros tantos derechos dentro de la Constitución, como tuvimos oportunidad de enumerar en el encabezamiento de esta parte, que trata sobre el derecho a la integridad. Por consiguiente el derecho a la integridad moral, permite defender a todos estos elementos juntos y no por separado desde el punto de vista jurídico-constitucional de los ataques que se produzcan contra él. (p.130)

Derecho al libre desarrollo y bienestar

El derecho al libre desarrollo de la personalidad—denominado también “libertad general de acción” o “cláusula general de libertad”— alude a la

libertad de toda persona para hacer y omitir lo que ella quiera según los propios planes o modelos de vida, dentro de lo constitucionalmente admisible. Implica, expresado de otra forma, que todo ámbito de acción o libertad humana, aunque no forme parte de ningún derecho fundamental específico, merezca protección como si lo fuera, por lo que el Estado o los particulares solo podrían intervenir en él contando con una razón constitucional válida, esto es, razonable y proporcional. (Bastos, 2012, p.165)

Derecho al honor

Derecho fundamental por el que el titular del derecho tiene, frente al sujeto pasivo, el derecho a que este no le afecte su situación de goce del honor. El alcance normativo del honor se basa en la dignidad y la personalidad, remitiéndose a la valoración de la persona a propósito de sus interacciones sociales. Por ello, el derecho al honor se proyecta hacia todos los espacios en donde la persona se expresa de diversas maneras. (Bastos, 2012, p. 164)

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad se encuentra establecido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú. Cabe señalar que no solo es un derecho de rango constitucional, sino que está protegido a nivel internacional por los instrumentos más importantes en materia de derechos humanos. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala en su artículo 7, que todo menor será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, teniendo en consecuencia derecho a un nombre desde su nacimiento, así como a poseer una nacionalidad. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 18, que toda persona tiene derecho al nombre propio y a los apellidos, por lo que las leyes respectivas se encargarán de reglamentar dicho procedimiento de inscripción. (Bastos, 2012, p. 116)

CAPITULO IV

ANÁLISIS DEL DELITO DE ALTERACIÓN O SUPRESIÓN DE LA FILIACIÓN DE MENOR (ART. 145° DEL CÓDIGO PENAL).

En este capítulo, se ha creído conveniente analizar el artículo 145° del Código Penal Peruano para ver si en las modalidades que se sancionan en este delito, se circunscribe el engaño de la paternidad tal y como lo venimos enfocando en esta investigación de tesis.

4.1. CUESTIONES GENERALES

El origen de este tipo penal contenido en el artículo 145, se encuentra en el Código Penal de 1924 en el artículo 218. Actualmente este tipo penal se encuentra regulado en el Título III, de nomen iuris “Delitos Contra la Familia”, Capítulo II, “Delitos contra el Estado Civil”, artículo 145.

Para Reyna Alfaro (2016), “La represión de esta conducta encuentra su justificación en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política y el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes, que reafirma el derecho de todo niño y adolescente a crecer en el seno de su familia”. (p.95).

Esta represión de la conducta referida en el artículo 145, se debe a que se atenta contra la filiación, que es “en términos jurídicos, sinónimo de vínculo. En general, se trata de relaciones de parentesco entre ascendientes y descendientes, y más específicamente, entre padres y madres con sus hijos e hijas; todas las cuales, además, van a estar sujetas a un conjunto de derechos y obligaciones” (Fernández, 2016, p.53)

Para Salinas (2008) “Parentesco es la relación familiar existente entre dos o más personas, surgidas de la propia naturaleza y reconocida por la ley. En tanto que la relación parental más importante lo constituye la filiación, la misma que es entendida como la relación parental entre los padres y los hijos, por ello

se le denomina también relación paterno filial, que vista del lado del hijo se denomina filiación y vista del lado del padre se denomina paternidad o maternidad”. (p.372)

Tanto Fernández (2016), como Salinas (2008), refieren que, cuando se habla de filiación, se está refiriendo al parentesco que existe entre los padres e hijos; relación que genera o está sujeta a un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas.

4.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para Salinas (2008), “El interés fundamental que se pretende tutelar con la tipificación de las conductas ilícitas citadas lo constituye la filiación, entendida como la relación parental entre los hijos y sus progenitores que genera derechos y deberes reconocidos en todo nuestro sistema jurídico como irrenunciables. La cual puede ser matrimonial o extramatrimonial, diferencia que, a efectos del tipo penal, no tiene importancia mayor”. (p.376)

Para Reyna Alfaro (2016) “el bien jurídico penal que se protege en este artículo es también el estado civil familiar” (p.95).

Para Villa Stein (1997), el bien jurídico protegido en este tipo penal es “el estado civil familiar” (p.85)

El bien jurídico protegido en este tipo penal tiene necesariamente que ser el Estado Civil, ya que según nuestro Código Penal, lo que se protege en el título III, es el Estado Civil.

4.3. TIPO DEL INJUSTO

4.3.1. TIPO DEL INJUSTO

La descripción típica que muestra este artículo en el código penal, es el siguiente: artículo 145.- “El que exponga u oculte a un menor, lo

sustituya por otro, le atribuye falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”.

4.3.2. TIPO OBJETIVO

4.3.2.1. SUJETOS

4.3.2.1.1. PASIVO

El sujeto pasivo para Reyna Alfaro (2016) es la sociedad, teniendo en cuenta que se trata de un valor social de carácter supraindividual. No obstante, Queralt Jiménez, González Rus, Diego Díez Santos, Días Maroto y Villarejo, Bramont Arias, Peña Cabrera, Villa Stein, Salinas Siccha y Momethiano Santiago, consideran que sujeto pasivo de la conducta, resulta ser el menor directamente afectado con la conducta, afirmación que aunque pierde de vista la identidad del bien Jurídico tutelado penalmente, tiene el mérito de facilitar el reconocimiento de quienes pueden invocar legitimidad para intervenir en el proceso penal respectivo. (p.95).

4.3.2.1.2. ACTIVO

De acuerdo a Reyna Alfaro (2016) estamos ante un delito común, esto quiere decir que puede ser atribuido a cualquier persona natural que ejecute los actos materiales previstos en el artículo 145 del Código Penal. Contrario a la posición defendida de Gonzáles Rus en relación al artículo 220.2 del Código Penal español, sostiene que estamos frente a un delito especial propio, que solo puede ser cometido por los padres del menor. (p.95).

Para Salinas Siccha (2009), el sujeto activo “puede ser cualquier persona. El tipo penal no exige alguna condición especial para cometer cualquiera de las conductas citadas” (p. 376)

4.3.2.2. ACTOS MATERIALES

En opinión de Reyna Alfaro (2016) el legislador ha precisado taxativamente cuatro presupuestos, el artículo 145 del código penal, al hacer uso de la expresión “cualquier otro medio” permite castigar cualquier otra clase de conducta destinada a alterar o suprimir la filiación de un menor.

Por “menor”, para efectos jurídicos penales, debe considerarse a toda persona que no ha alcanzado la mayoría de edad, esto es, aquella persona que sea menor de 18 años, conforme se desprende de una interpretación en sentido contrario del artículo 1 de la Ley N° 27337 Código de los Niños y Adolescentes. Así tenemos que la expresión “menor” constituye ya no un elemento descriptivo del tipo sino uno de orden normativo. (p.96).

Modalidades de alteración o supresión de menor previstas en el artículo 145 del Código Penal:

a) Exposición de menor.

Según Peña Cabrera, esta conducta consiste en “depositar a un niño en un ambiente distinto al que le corresponde, determinando que no puede establecer su exacto estado civil”. Ahora como bien refiere Godoy Lemos, la expresión “exposición” no puede ser

equiparada con el abandono de persona que se puede corresponder en todo caso a tipos penales distintos (artículos 125 y 127 del Código Penal).

Para Salinas Siccha (2009) “la conducta delictiva de exposición de menor se configura cuando el agente o sujeto activo coloca al menor en un lugar que lo desvincula del medio y de las personas que pueden indicar o determinar su filiación natural”. (p.373)

b) Ocultamiento de menor.

En palabras de Reyna Alfaro (2016) esta conducta supone el ocultamiento físico del menor de edad con la intención de “alterar” o “suprimir” su estado civil, de allí que QUERALT JÍMENEZ indique acertadamente que en este tipo penal “se trata en puridad de una detención ilegal privilegiada”. Es erróneo por tanto considerar, como hace VILLA STEIN, que los actos de ocultamiento se producen cuando se *ocultan los datos* de filiación del menor, pues el propio tenor del artículo que se comenta no deja lugar a dudas ni interpretaciones distintas. (p.97).

Para Salinas Siccha (2009) “Para configuración de la conducta en comento no se requiere la concurrencia de la creación de un peligro para la integridad física o vida del menor, el agente solo busca suprimir la filiación real de su víctima”. (p.374)

c) Sustitución de menor.

Conducta que no genera mayores inconvenientes en su interpretación. Consiste en la acción de colocar a un menor extraño al núcleo familiar a fin de “alterar” el estado civil del menor que si pertenece a la familia. Supone como bien recalcan QUERALT JIMENEZ, BOIX REIG & JAREÑO LEAL Y GONZALEZ RUS la situación de un niño por otro, es decir, intercambiar a dos niños. Carece de relevancia si la sustitución se hace por un menor vivo o por uno muerto.

Para Para Salinas Siccha (2009), “la figura delictiva de sustituir a un, menor por otro se evidencia cuando el sujeto activo, con la finalidad de alterar o suprimir la filiación que les corresponde, cambia la ubicación familiar de dos niños colocando a uno en el lugar de otro y suponiéndoles como nacidos de personas distintas a sus respectivas madres”. (p. 375)

d) Atribución falsa de menor.

Esta acción de acuerdo a Reyna Alfaro (2016) supone asignar a un menor de edad estado civil que no le corresponde, mediante la falsa atribución de su afiliación.

La filiación, manifestación del estado civil familiar, tiene una doble acepción. La primera más genérica, la define como el vínculo que sirve para relacionar a una determinada persona con sus ascendientes y descendientes. Una segunda acepción, mucho más restringida, más estricta, es aquella que vincula a los padres con sus hijos. En lo que respecta al significado

que debe ser utilizado para efectos jurídicos penales, es más correcto y debe aplicarse el segundo de los significados.

Ahora bien, estas cuatro conductas deben encontrarse destinadas a “alterar” o “suprimir” el estado civil de un menor de edad. De “altera” el estado civil cuando se cambia, se modifica el estado civil del menor de edad; en cambio se suprime cuando se elimina o como dice Diego Díaz Santos cuando “pierde un estado de filiación sin adquirir ningún otro”.

Para Salinas Siccha (2009), “El hecho punible de atribuir falsa filiación a un menor se configura cuando le agente suprime la real filiación de su víctima, atribuyéndole padres imaginarios o negándole al menor sus verdaderos padres o cuando los mismos padres niegan la filiación de su propio hijo”. (p.375).

e) Utilizar cualquier otro medio para alterar o suprimir la filiación del menor:

Para Salinas Siccha (2009) estamos ante una figura de *numerus apertus*, es decir, que después de enumerar ciertas conductas que le sancionan o ponen en peligro la verdadera filiación del menor, con una fórmula abierta deja a criterio del operador jurídico la aplicación de la norma a diversas fórmulas utilizadas por el sujeto activo para altera o suprimir la filiación de su víctima. Sin duda, constituye un empeño del legislador de la ley penal por comprender dentro del ámbito de prohibición cualquier otra conducta no especificada, pero análoga a

las previstas que atente contra la real filiación de un menor. (p. 375-376)

4.3.2.2.1. TIPO SUBJETIVO

Este tipo penal es doloso, ya que para que se realice la conducta delictiva se necesita el conocimiento y la voluntad de cometer la conducta típica descrita en este artículo.

4.3.2.2.2. CONSUMACIÓN

Aunque la referencia típica a la “alteración” o “supresión” puede provocar cierta confusión, estamos frente a un tipo de mera actividad, pues no se requiere que en realidad el agente logre afectar el estado civil del menor, solo es necesario que este se ejecute los actos destinados a esta finalidad. La “alteración” o “supresión” del estado civil del menor son elementos de índole subjetiva y por lo tanto, no definen un resultado típico.

Para Salinas Siccha (2009), “Las conductas punibles que encierra el tipo penal se perfeccionan en el mismo momento que el sujeto activo logra su finalidad, la cual es alterar o suprimir la filiación del menor-victima. La finalidad del agente tiene que evidenciarse objetivamente en la conducta realizada por aquel, para hablar de una conducta perfecta. Caso contrario, si en la conducta atribuida al agente, no aparece el elemento objetivo de alteración o supresión de la filiación del

menor, no estaremos ante un delito consumado sino frente a la tentativa. (p.377.)

4.3.2.2.3. PENALIDAD

La pena para este tipo de delito esta reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

Del análisis de las modalidades de alteración o supresión de menor previstas en el artículo 145° del Código Penal podemos concluir que:

1. Exposición de menor.- En esta modalidad el sujeto activo del delito, coloca al menor (sujeto pasivo) en un lugar o ambiente distinto de tal forma que no se pueda establecer su estado civil determinado por la filiación.
2. Ocultamiento de menor.- En esta modalidad el sujeto activo del delito oculta al menor con el único fin de altera o suprimir su estado civil.
3. Sustitución de menor.- En esta modalidad el sujeto activo sustituye al menor por otro con la finalidad de alterar su estado civil.
4. Atribución falsa de menor: En esta modalidad, el sujeto activo atribuye un estado civil que no le corresponde, asignándole otro estado civil que no es de él.
5. Utilizar cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación: en esta modalidad se puede suscribir cualquier otra que no se haya previsto en las modalidades anteriores.

Como hemos visto en el artículo 145° del Código Penal, se protege como bien jurídico al “Estado Civil”, que no es más que la situación jurídica que una persona ocupa dentro de la familia, como lo dice el profesor Salinas Siccha. Aquí se protege esa relación paterno-filial (padres a hijos), esa pertenencia que tiene el menor a su entorno familiar.

CAPITULO V

EL ENGAÑO DE LA PATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

En este capítulo nos encargaremos de analizar, si la conducta del engaño de la paternidad, que es materia de esta investigación de tesis tiene asidero en las legislaciones penales que se han escogido, a efectos de tener un horizonte más amplio.

5.1. ESPAÑA

Uno de los casos más reconocidos en España sobre el engaño de paternidad es el caso contenido en la STS 1254-2013 del Tribunal Supremo Español del 24 de abril de 2015, que en casación Don Domingo solicitaba el reembolso de las cantidades depositadas por el concepto de pensión de alimentos por no haber un vínculo de filiación, tras haberse acreditado en prueba de ADN. Sin embargo el Tribunal Español desestimó el recurso de casación interpuesto por la representación de Don Domingo, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, de 8 de abril de 2013; sin expresa declaración en cuanto a las costas del recurso.

El Tribunal Supremo Español señala entre otras cosas que:

- “La inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente, cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas de la que da y de la que recibe el pago, u objetivamente, cuando falta la relación de obligaciones entre solvens y accipiens, bien porque jamás ha existido la obligación o porque aún no ha llegado a constituirse o porque, habiendo existido la deuda, ya esté pagada o extinguida”.

- “Así mismo, estas reglas no se trasladan sin más en materia de alimentos para conceder legitimación al alimentante, que dio manutención a una hija que luego se demostró que no era suya, para que se le restituya lo abonado, y pasiva a quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de la hija común, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos.”
- “Es cierto que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero esta realidad no excluye necesariamente situaciones como la contemplada en el caso resuelto por la sentencia de 20 de noviembre de 2013, en el que se atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad, lo que pone en evidencia el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar”.
- Por lo que el tribunal Supremo Español desestima el recurso y se mantiene la sentencia, si bien por los argumentos que en esta se exponen; sin expresa condena en las costas causadas por el recurso, habida cuenta las discrepancias existentes sobre la cuestión que ha sido objeto de enjuiciamiento a través del mismo.

- **SENTENCIA DE PLENO DE 24 DE ABRIL DE 2015. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION:**

NUM.: 1254/2013

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Votación y Fallo: 25/03/2015

Materia: Reembolso de cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos tras declararse la inexistencia de la relación filial. Cobro de lo indebido. Eficacia retroactiva de la sentencia que estima la impugnación de filiación matrimonial.

ANTECEDENTES DEL HECHO

PRIMERO. - Don Domingo contrajo matrimonio con doña Natalia el día 1 de septiembre de 1985. Fruto de esa relación nació Genoveva, la cual fue inscrita como hija matrimonial de Don Domingo.

Transcurridos dieciocho años de matrimonio y como consecuencia del deterioro de la relación conyugal, decidieron de común acuerdo interponer demanda de separación conyugal, que se obtuvo mediante sentencia de 29 de enero de 2003, previo convenio regulador de 14 de noviembre de 2002, en la que se impone al esposo el pago de una pensión de alimentos a favor de la hija de 300 euros mensuales, además de un régimen de visitas, que se hace efectivo desde diciembre de 2002. Dos años más tarde don Domingo interpuso demanda de divorcio, el cual fue concedido por sentencia de 23 de junio de 2005.

Ante la duda de ser el padre biológico de la menor, don Domingo se practicó las pruebas de paternidad y, en su vista, inició los trámites judiciales para impugnar la filiación matrimonial que concluyeron mediante sentencia de fecha 24 de septiembre de 2008 llevada a cabo en el Juzgado de 1ª Instancia de Tarancón, estimatoria de la demanda, confirmada por la Audiencia Provincial de Cuenca, en fecha 23 de marzo de 2009.

En el pleito del que este recurso dimana, don Domingo reclama de doña Natalia los alimentos que ha venido pagando desde el inicio del convenio regulador -diciembre de 2002- hasta el 23 de marzo de 2009, fecha en la que se declaró judicialmente la inexistencia de relación filial alguna. En total, 19.285,82 euros. La demanda se fundamenta en el artículo 1895 y concordantes del Código Civil, indicando expresamente que se ejercita acción de cobro de lo indebido.

La sentencia del Juzgado estimó la demanda, con la sola reducción del importe a devolver por parte de la demandada, que lo fija en 17.852,65 euros, atendiendo a las alegaciones de esta parte, no cuestionadas por el demandante, de que pagó desde diciembre de 2002 hasta octubre de 2007, salvo tres mensualidades en el año 2003. Considera que la acción ejercitada es la de enriquecimiento injusto, no la de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del CC, concurriendo los requisitos del artículo 1895 CC, cuyo plazo de prescripción es el de quince años.

La sentencia fue apelada por la demandada y revocada por la Audiencia Provincial. Siendo conscientes, dice la sentencia, "de la complejidad jurídica del fondo del asunto ", no se

comparten las conclusiones alcanzadas por la Juzgadora de Instancia, ya que, "si bien es cierto que en la fundamentación jurídica de la demanda rectora se alude expresamente al artículo 1895 del CC regulador del cobro de lo indebido, no lo es menos que en aspecto fáctico se hace continua mención a la mala fe (dolo) de la demandada al haber ocultado las relaciones extramatrimoniales... ". Añadiendo que, "siendo conscientes de la diversidad de posturas existentes al respecto, partiendo de la propia sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22/07/1999 que exige la cumplida acreditación de una conducta dolosa de la parte, circunstancia que en el presente caso no puede estimarse acreditada dado que se trata de meras manifestaciones que no cuentan con elementos objetivos corroborados por dicha circunstancia, en modo alguno, se declaró como tal en el anterior procedimiento de impugnación de la filiación y en este procedimiento tan solo se cuenta con las manifestaciones del actor impregnadas, como es lógico de un claro matiz subjetivo, lo verdaderamente relevante es determinar si la pretensión instada tiene encaje en el art. 1895 del Código Civil , por el contrario, en el artículo 1902 del mismo Cuerpo Legal ".

Sitúa la relación jurídica en el ámbito del artículo 1902 porque "considera que la acción no tiene encaje en el artículo 1895 del Código Civil dado que no concurren los presupuestos del cobro de lo indebido dado que el pago de las pensiones alimenticias obedece al cumplimiento de las resoluciones judiciales que las determinan, esto es, existe justa causa para el abono de las mismas que solo decae, como es lógico, cuando se declara judicialmente la no filiación matrimonial de la hija". Consecuencia de lo cual es que la acción está

prescrita, y, en todo caso, " para el supuesto de considerarse que no media la prescripción, no existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias establecidas judicialmente".

Don Domingo formula recurso de casación.

SEGUNDO.- El problema jurídico que plantea el recurso se contrae a determinar si se puede admitir la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del CC, para la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a una hija menor, como consecuencia de una sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial, precedida de un proceso de impugnación de aquella, que hace desaparecer esta obligación no "ex nunc" sino "ex tunc".

Todo ello a partir de un motivo único en el que se denuncia la infracción del artículo 1895 CC, en relación con la jurisprudencia que lo interpreta y con las contradicciones existentes entre Audiencias Provinciales.

Se desestima el recurso.

Esta Sala no se ha pronunciado de forma expresa sobre la acción que ha de ejercitarse para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor y posteriormente resulta que no lo es, como tampoco sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio.

Las sentencias de 22 de julio de 1999 y 14 de julio de 2010 no responden a supuestos iguales. Se refieren a casos de padres que habiendo tenido hijos de su matrimonio, se habían separado y descubren después de la interposición de demandas de paternidad que uno de los hijos del matrimonio no era hijo su biológico y solicitan la indemnización correspondiente por una contribución indebida a las cargas del matrimonio. En ambos casos la acción ejercitada no fue discutida por las partes, lo que no ocurre en este caso en el que la parte ahora recurrente no ejercita en la demanda la acción del artículo 1902 del CC, que ni siquiera menciona, sino la del artículo 1895 del CC. Tampoco se pronuncian sobre si constituye justa causa la existencia de una sentencia fijando alimentos que impide la posibilidad de apreciar la existencia de un cobro de lo indebido después de declararse la inexistencia de la obligación.

Lo que se enjuicia y resuelve en estas sentencias es lo siguiente:

a) En la demanda que dio lugar a la sentencia de 22 de julio de 1999, el demandante alegaba que el pago de las pensiones alimenticias había enriquecido el patrimonio de la madre, pues de no haber sido considerado hijo matrimonial hubiera sido ella quien hubiera debido pagarlas. La sentencia resuelve el caso aplicando el artículo 1902 CC y niega la indemnización. Los supuestos que comportan la responsabilidad extracontractual - dice-, "vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como

ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a..."

b) La sentencia de 14 de julio de 2010 consideró que la reclamación había prescrito. La demanda había sido formulada por el demandado contra la que había sido su esposa, por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales, concretamente la hija nacida en 1984, no había sido engendrada por el demandante.

No sucede lo mismo en las Audiencias Provinciales, donde la discrepancia es evidente.

a) Sentencias que sostienen que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1895 CC: SSAP de Cádiz -Sección 2ª- de 3 de abril de 2008 ; León – Sección 1ª- de 2 de enero 2007 ; Asturias -Sección 6ª- de 28 de septiembre 2009 y 15 de octubre 2010 .

b) Sentencias que sostienen que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1902 CC: SSAP de Valencia -Sección 7ª- de 5 de septiembre de 2007 y 2 de noviembre de 2011 ; Barcelona -Sección 1ª- de 16 de enero 2007 ; Baleares - Sección 3ª- de 20 de septiembre de 2006 .

c) Sentencias que consideran que en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos: SSAP de Ciudad Real, de 29 de febrero 2012; Toledo de 7 de noviembre de 2002 -Sección 2^a- (solo se pagarían a partir de una resolución judicial que así lo declare); Granada -Sección 5^a - de 13 de junio de 2014.

Esta Sala se inclina por esta última solución

1. La Sentencia recurrida descarta que se pueda subsumir el caso bajo las reglas del cobro de lo indebido, sino que lo sería bajo las reglas del artículo 1902 del CC, por lo que la acción estaría prescrita, dado que el actor había tenido perfecto y cabal conocimiento de que la hija no era suya, mediante la notificación de la sentencia de 2 de septiembre de 2008, y, en cualquier caso " no existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias". La Sentencia de Primera Instancia había subsumido el deber de restitución bajo las reglas de la "repetición de lo indebido ", del artículo 1895 CC, tal y como había sido configurada la demanda, y no en el artículo 1902 CC, siendo aquella y no está la norma sobre la que versa el recurso, puesto que la acción deducida no tiene como fundamento un daño causalmente vinculado a la infidelidad de la madre y consiguiente nacimiento de una hija que ha sido considerada, hasta la impugnación de la filiación, como matrimonial, cuyo importe se cifra en lo pagado por alimentos, sino en el pago indebido de estos.

2. Es innegable que, en situación normal, un pago indebido genera un derecho de crédito en favor del pagador a la

devolución de lo indebidamente satisfecho. Según el artículo 1895 "Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla".

La Sentencia de 14 de junio de 2007, recogiendo la doctrina de esta Sala (SSTS 21 de noviembre de 1957, seguida por las de 6 de julio de 1968, 12 de noviembre de 1975, 30 de enero de 1986 y 8 de julio de 1999), señala que para que nazca la obligación de restituir, se requiere:

a) un pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (animus solvendi) o, en general, de cumplir un deber jurídico. La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho (artículo 1900 CC).

b) inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente, cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas de la que da y de la que recibe el pago, u objetivamente, cuando falta la relación de obligaciones entre solvens y accipiens, bien porque jamás ha existido la obligación o porque aún no ha llegado a constituirse o porque, habiendo existido la deuda, ya esté pagada o extinguida; y,

c) error por parte del que hizo el pago. El error ha de ser probado, salvo en los casos en que lo presume la ley.

Las Sentencias de 24 de abril de 1976 y 26 de marzo de 1986 remarcaban la necesidad de que se dieran los dos elementos

básicos: entrega de cosa o cantidad indebida y error en el solvens. La Sentencia de 25 de noviembre de 1989 insistía en la necesidad de una atribución sin causa producida por error.

3. Ahora bien, estas reglas no se trasladan sin más en materia de alimentos para conceder legitimación al alimentante, que alimentó a una hija que luego se demostró que no era suya, para que se le restituya lo abonado, y pasiva a quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de la hija común, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos:

a) La niña nace constante la relación del matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154, ambos del Código Civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones para reclamar su devolución por un periodo que no cubre toda la vida de la menor. Solo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo resulta incongruente pues tan indebido sería lo invertido antes como después, puesto que ambos cónyuges, aun divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por deber de patria potestad.

b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres (artículo 154 CC) -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- y el propio hecho de la filiación (artículo 111 CC), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida de la niña porque la función de protección debía cumplirse y a la hija debía de alimentarse, sin que pueda solicitarse su devolución por todo el periodo de vida de la niña, ni por supuesto, por el que ahora se reclama, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. La no devolución tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan.

c) El derecho a los alimentos de la hija existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes. Por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha

prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido. La filiación, dice el artículo 112 CC, "produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario"; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como en el de extinción de la adopción (artículo 180.3 CC : "La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos"); en el de la declaración de nulidad del matrimonio (artículo 79 CC : "La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos..."), o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (artículo 148.3 CC : "Se verificará el pago por meses anticipados, y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente"),y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al carácter consumible de los alimentos o de sentencias como la de 18 de noviembre de 2014 conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efectos retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de la notificación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Es cierto que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero esta realidad no excluye necesariamente situaciones como la contemplada en el caso resuelto por la sentencia de 20 de noviembre de 2013, en el que se atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad, lo que pone en evidencia el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar.

TERCERO.- Se desestima el recurso y se mantiene la sentencia, si bien por los argumentos que en esta se exponen; sin expresa condena en las costas causadas por el recurso, habida cuenta las discrepancias existentes sobre la cuestión que ha sido objeto de enjuiciamiento a través del mismo.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de don Domingo, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, de 8 de abril de 2013; sin expresa declaración en cuanto a las costas del recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la **COLECCIÓN LEGISLATIVA** pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. José Ramón Ferrándiz Gabriel. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Sarazá Jimena. Sebastián Sastre Papiol Eduardo Baena Ruiz .Xavier O' Callaghan Muñoz.

Firmado y Rubricado.

VOTO PARTICULAR

FECHA: 24/04/2015

Que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. Antonio Salas Carceller y don Francisco Javier Orduña Moreno, al amparo de lo previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia N° 202/2015, de 24 de abril (Recurso N° 1254/2013). No se comparte la fundamentación jurídica de dicha resolución, salvo el fundamento primero en lo que se dirá.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La referida sentencia, de la que discrepamos con absoluto respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, contiene en su fundamento de derecho primero una relación de los

hechos que han dado lugar al presente proceso con referencia al contenido de las sentencias recaídas en ambas instancias y, en cuanto a ello, estamos de acuerdo con tal fundamento.

Conocido por el demandante don Domingo el hecho de que no era el padre biológico de Genoveva, la que creía nacida de su matrimonio con la demandada doña Natalia, formuló demanda contra la esposa, una vez disuelto el matrimonio por divorcio, en reclamación de las cantidades que consideró indebidamente satisfechas por alimentos de la menor una vez producida la ruptura matrimonial, según el convenio suscrito y aprobado judicialmente.

SEGUNDO.- La sentencia acordada por la mayoría de los miembros de la Sala afirma en el inicio de su fundamento de derecho segundo que «el problema jurídico que plantea el recurso se contrae a determinar si se pueda admitir la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del CC, para la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a una hija menor, como consecuencia de una sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial, precedido de un proceso de impugnación de aquella, que hace desaparecer esta obligación no "ex nunc" sino "ex tunc"....».

No se trata en este caso de una cuestión de "devolución de alimentos", que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto; que se dirige, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los alimentos y no lo hizo -al menos en la cuantía cubierta por el demandante- beneficiándose económicamente de ello. La obligación de alimentos viene establecida por el Código Civil entre ascendientes y descendientes (artículo 143) y se configura

una regulación especial para los supuestos de ruptura matrimonial respecto de los alimentos de los hijos comunes.

Cuando se trata de una hija extramatrimonial -como ocurre en el caso- la obligación de alimentos incumbe de forma solidaria a los verdaderos progenitores, sin que la prestación alimenticia efectuada por quien se creía padre -sin serlo- precisamente por la ocultación de la esposa, que había concebido a la hija como consecuencia de una relación extramatrimonial, impida a éste reclamar de los verdaderos obligados el reintegro de lo satisfecho por error, pues en caso contrario se aprobaría el ilícito beneficio obtenido por la falta de cumplimiento de una obligación legal que fue satisfecha por otro.

TERCERO.- La situación descrita se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código Civil, que regula el cuasicontrato de "cobro de lo indebido" habiéndose producido un supuesto de «indebitum ex causa».

El artículo citado dispone que «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». Por su parte, el artículo 1901 dispone que «se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió....».

Así sucede en el presente caso en que el demandante, con voluntad viciada por error causado por la demandada, suscribe un convenio aceptando como medida propia del mismo la prestación alimenticia de 300 euros mensuales para las atenciones de quien creía su hija, sin serlo, y viene pagando

las cantidades correspondientes hasta que conoce la verdadera situación en virtud de la cual ninguna obligación alimenticia tenía, ya que la misma correspondía a los verdaderos progenitores cuyo débito ha cubierto erróneamente con evidente utilidad para los mismos. No afecta a ello que el error se extendiera al propio juez que aprobó el convenio, en cuanto se entendió que satisfacía las necesidades de la menor. El hecho de que se dictara, también por error, una resolución judicial que confirmaba la existencia de la obligación por parte del hoy demandante no subsana el vicio del consentimiento en cuya virtud se aceptó el sometimiento a dicha obligación en beneficio de los deudores solidarios de alimentos que, como se ha dicho, eran únicamente los verdaderos progenitores.

Una solución como la adoptada por la presente sentencia no sólo impide el resarcimiento del daño frente a la madre sino también frente al verdadero padre, en el caso de que llegara a ser conocido.

CUARTO.- Consideraciones de fondo: el moderno Derecho de familia.

Una vez señalada, en los anteriores fundamentos de derecho, la procedencia en el presente caso de aplicación técnica del instituto del enriquecimiento injustificado procede, además, destacar una serie de consideraciones de fondo acerca de la configuración del Derecho de familia que subyace en la referida sentencia y que resulta claramente incompatible con la moderna caracterización de esta importante rama del Derecho Civil.

En efecto, si bien se observa, (fundamento de derecho segundo, apartado 3.b) de la sentencia), la opinión mayoritaria de la Sala, a la hora de justificar la no aplicación del instituto del enriquecimiento injustificado al ámbito de la patria potestad y al propio hecho de la filiación, señala, de modo expreso, que su fundamento originario se constata "en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897 ". Referencias que, sin solución de continuidad o de detalle, vuelven a tomar cuerpo en el alegado final de la sentencia, (apartado 3.c de dicho fundamento), resaltándose el riesgo de trasladar dicha acción de enriquecimiento injustificado "al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resulten de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar".

Pues bien, como pronto se advierte, difícilmente la visión o caracterización del Derecho de familia que sirvió de realidad social a las viejas sentencias de esta Sala dictadas en relación a la cuestión aquí planteada pueden servir de apoyo, bien de origen, o bien de evolución, para valorar la incidencia que la moderna caracterización del Derecho de familia pueda tener en la cuestión planteada pues, sencillamente, les resultó totalmente extraña y ajena al contexto social, cultural y económico de aquella época.

Por el contrario, debe precisarse que el moderno Derecho de familia, referenciado en la Constitución española y las reformas realizadas, ha profundizado tanto en la

responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, como en la diferenciabilidad de sus respectivas responsabilidades de índole patrimonial; todo ello conforme al principio de igualdad jurídica que informa, "plenamente", a los cónyuges tanto para contraer matrimonio como para desarrollar las relaciones familiares, sin dispensa o pretexto alguno al respecto.

Esta razón de exigibilidad de la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, así como de la diferenciabilidad de su respectiva responsabilidad patrimonial, resulta predicable de cada uno de los institutos de Derecho de familia que la sentencia toma en consideración.

Así, y en síntesis, respecto de las propias relaciones de paternidad en donde la sentencia reconoce, expresamente, la "base principal" que tiene la verdad biológica en materia de filiación, cuya responsabilidad derivada asume cada cónyuge y no los hijos beneficiados por la relación de filiación, como ocurre en el presente caso, donde la reclamación económica no se dirige contra la hija, ni se cuestionan los beneficios obtenidos por ella en dicha relación.

Del mismo modo, respecto del derecho a los alimentos, que forma parte del contenido básico de la filiación y se encuentra ligado, necesariamente, con la condición de padre o madre (artículo 110 del Código Civil) que le sirve de fundamento. De forma, que aunque el derecho de alimentos quede integrado, a su vez, en la relación de patria potestad y su peculiar régimen legal, no es menos cierto que por ello pierda su carácter genuinamente patrimonial que se deriva de su propia

naturaleza, sobre todo cuando su toma de razón no es otra que el carácter debido o indebido de su pago; cuestión claramente diferenciable de la función o finalidad asistencial que personalmente informe a la obligación de prestar alimentos respecto de hijos, auténticos beneficiarios de la misma, como se ha señalado.

En parecidos términos, respecto del alcance declarativo y, por tanto, ex tunc, que acompaña o caracteriza el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, que necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto. Impugnada con éxito la filiación matrimonial, la consecuencia innegable que se deriva es que el marido no tuvo nunca la condición de padre respecto del hijo. Alcance cuya retroacción de efectos, si bien permite cierta modulación, como señala la sentencia (180.3 del Código Civil) lo es en consideración, exclusivamente, de la posición jurídica del menor afectado, no respecto de la posición de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad, o en las consecuencias derivadas de su propia patria potestad respecto con su hijo.

En todo caso, si no bastara con las anteriores razones en pro de la debida exigencia de la responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de una obligación de alimentos que cobró, sin causa para ello, y con incumplimiento de su deber de patria potestad a prestarlos íntegramente, debe tenerse en consideración que su comportamiento, acreditado en el presente caso, constituyó una vulneración frontal y directa al principio general de la buena fe, tanto en su manifestación

nuclear, como en sus respectivas aplicaciones (7.1 y 1258 del Código Civil). En efecto, convenció a su marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de su hija. Comportamiento doloso, a todas luces, que debió reforzar la pretensión restitutoria que aquí se reclama pues, en caso contrario, se premia la impunidad de actuación y la ausencia de la responsabilidad tanto respecto de ella, como del verdadero progenitor, al cual ya no se le podrá reclamar el pago de estos alimentos que el marido realizó, sin causa y de forma indebida.

QUINTO.- Estimado el recurso, no procedería especial declaración sobre costas causadas por el mismo, confirmando la sentencia dictada en primera instancia sin que tampoco proceda especial declaración sobre las costas causadas en ambas instancias (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) decretando la devolución del depósito constituido (Disposición Adicional 15ª.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En consecuencia, la parte dispositiva de la sentencia debía ser la siguiente:

Que debemos declarar y declaramos:

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Domingo contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) dimanante de autos de procedimiento ordinario nº 514/2010 seguidos ante el Juzgado de Primera

Instancia nº 1 de Tarancón instancia del hoy recurrente contra doña Natalia.

2.- Casamos la sentencia recurrida dejándola sin efecto y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia.

3.- No ha lugar a especial pronunciamiento sobre costas causadas en ambas instancias y en el presente recurso.

En España existe el delito de alteración del estado civil del menor se encuentra regulado en el Capítulo II, del Título XII, del Libro II (Art. 220, Código Penal)

Artículo 220:

1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.

Este delito está relacionado al tráfico de niños con fines de adopción u explotación laboral, sexual o tráfico de órganos, aunque en España esta práctica delictiva está casi extinta, a comparación de nuestros países sudamericanos. Como hemos podido observar este tipo penal no contiene la figura del engaño de paternidad que es objeto de esta investigación.

5.2. ARGENTINA

En Argentina al igual que en España sobre el engaño de paternidad es el caso contenido en la STS 1254/2013 del Tribunal Supremo Español del 24 de abril de 2015, hay un caso que generó gran impacto en la sociedad Argentina y es el caso de Diwan - Bernal.

Ariel Diwan, quien era productor artístico en Argentina denunció el hijo que tenía con Gisela Bernal no era suyo, caso que disparó una serie de interrogantes jurídicos sobre la implicancias de mentir sobre la paternidad de un niño.

Tras la finalización del escándalo, Diwan contestó con mucho dolor: "Este tema no lo voy a tocar, es dramático. Me pueden devolver una casa, me pueden devolver plata. Pero hay algo que nunca me lo van a devolver y me va a quedar hasta que me muera". (INFOBAE, 23/02/2017)

Expertos en derecho penal el penalista Argentino Pablo Salinas, calificó esa conducta como un delito penal. "Se trata de un delito doloso por lo que requiere la intencionalidad y eso es lo que hay que probar en un juicio". Así mismo expresó el penalista: "La mujer tiene muchas chances de defensa, podría declarar que no lo sabía y con esto se excluye el dolo que es la intención. Salvo que tenga otros antecedentes".

Asimismo, la Dra. Clara Aquiles, especialista en Derecho de Familia refiere que: "Si una mujer ya sabiendo que el hombre no es el padre del bebé le

miente, está incurriendo en un delito penal grave que es ocultar la identidad del niño y por lo tanto es sancionable penalmente”.

El Código Penal de la Nación Argentina sanciona en el artículo 139 inciso 2: Con pena privativa de libertad de 2 a 6 años a aquel que, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años.

ARTÍCULO 139.- Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.

2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

ARTICULO 139 bis - *Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.*

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo.

El Código Penal argentino es más preciso al sancionar esta conducta a diferencia del Código Español y el peruano. Aunque no se trata de un delito especial, sino más bien de un delito común, ya que puede ser cometido por cualquiera, con la denominación “al que”; es decir que puede ser sujeto activo de este delito tanto la madre como el padre.

CONCLUSIONES

1. El derecho penal como dice Salinas Siccha “sale de la realidad para volver a ella, normando la conducta de los hombres”, no es una ciencia estática sino dinámica y se mueve en el dinamismo de la sociedad y se comporta como la última institución (ultima ratio) en actuar para frenar la conducta criminal materializada en el delito. Y esta dinamicidad que tiene el derecho debe responder a nuevas conductas que surgen en el tiempo y que se revisten de características necesarias para ser consideradas punitivas, en tanto que lesionan bienes jurídicos.
2. Esta investigación de tesis es precisamente una respuesta a esa dinamicidad del derecho penal de normar nuevas conductas que resultan ser lesivas en el tiempo y de la dogmática penal, entendida esta última, como la sistematización del derecho positivo y que se convierte en el lineamiento de las decisiones judiciales de tal forma que estas no sean imprevisibles y arbitrarias.
3. En esta investigación se tuvo por objetivo general, establecer si el engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad constituye responsabilidad penal en la Legislación Penal Peruana, para efectos de esta investigación diremos que no constituye responsabilidad penal de acuerdo a la configuración dogmática que se ha realizado en apartado 3.4 Del capítulo II.
4. La hipótesis de esta investigación de tesis fue la siguiente: “Si, el engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad de su supuesto hijo constituye responsabilidad penal en la Legislación Peruana, entonces se protegerán los derechos que se lesionan con el Estado civil”. Hipótesis que fue comprobada a partir del análisis de los derechos realizado en el apartado 3.5, en el que son lesionados al utilizar el engaño para atribuir falsa filiación.

En efecto, si se atribuye responsabilidad penal a la madre por el engaño de atribuir falsa filiación se estará protegiendo no sólo “Estado civil” que es el bien jurídico protegido en el Título III de la parte especial del Código penal, sino el Derecho de carácter ius fundamental, como es el derecho a la identidad del menor, el Derecho al honor del padre, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del padre, el derecho a la identidad biológica del menor y por qué no el derecho a saber la verdad sobre la identidad biológica del supuesto padre sobre el hijo que le ha sido atribuido como verdadero. Así mismo, evitará los procesos por impugnación de paternidad aliviando de cierta forma la carga procesal que comportan este tipo de procesos civiles.

5. Del derecho comparado podemos concluir que, la conducta de atribuir la falsa filiación mediante el engaño está presente no sólo en nuestra realidad nacional, sino como lo hemos visto en casos como el de España en la STS 1254/2013 del Tribunal Supremo Español y el caso Diwan – Bernal de Argentina; que si bien no son sentencias en materia de Derecho Penal, describen la realidad de la necesidad de la punición de esta conducta.
6. En conclusión, como hemos visto a lo largo de esta investigación de tesis en nuestra legislación, la madre no tiene responsabilidad penal por engañar al padre sobre la filiación de su supuesto hijo. El supuesto padre tan sólo puede recurrir a la vía civil y demandar por daños y perjuicios por la atribución de falsa y engañosa de la paternidad del menor, es decir buscar el resarcimiento del daño moral causado al no poder determinar desde el principio la verdad Biológica del menor por el engaño de la madre, causando la frustración del supuesto padre del menor, quien busca su realización personal como padre. En efecto, esta conducta lesiva de bienes jurídicos, no sólo lesiona el honor y la imagen como ya lo hemos visto, sino que lesiona derechos con más contenido ius fundamental, como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y de cierta forma también se

lesiona el derecho a la identidad del menor, se estaría hablando entonces de una lesión pluriofensivo, es decir, de una conducta que lesiona no uno sino varios bienes jurídicos.

SUGERENCIAS

1. Como resultado de este trabajo de investigación nos permitimos proponer como única sugerencia un proyecto de ley que regule esta conducta del engaño de la madre hacia el supuesto padre sobre la paternidad del menor.

Incorpórese el texto del artículo 147° del Código Penal Peruano, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Artículo 147°:

La mujer que induce o mantiene en error al presunto padre mediante engaño, atribuyéndole falsa filiación que se demuestra mediante resolución judicial será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno, ni mayor de cuatro años.

BIBLIOGRAFIA

Arroyo Zapatero, L. (2003) Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Bacigalupo, E. (1996). Manual de Derecho Penal. Parte General. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

Bergalli, R. (2003) Sistema penal y problemas sociales. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Frisancho Aparicio, M. (2012). Manual para la Aplicación del Código procesal Penal. Lima. Editorial Rodhas.

García Caveró, P. (2008). Lecciones de derecho Penal. Lima: Editorial Grijley.

Gaspar Chirinos, A., Martínez Huamán, R. (2015) Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Actuales tendencias. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Gracia Martini, L. (2007). Modernización del derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo. Lima: Editorial Idemsa.

Guzmán Napurí, C. (2015). La constitución Política: un análisis funcional. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Hernández, S.; Fernández, C.; Baptista, I. (2007). Metodología de la Investigación. México: Editorial Mc Graw Hill.

Hurtado Pozo, J. (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General I. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

Jiménez de Asúa, L. (1980). Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Landa Arroyo, C. (2010). Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima. Palestra Editores.

Mir Puig, S. (2005). Derecho Penal. Parte General. España: Euros Editores S.R.L.

Neyra Flores, J. A. (2010) “Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral”. Lima: Editorial Idemsa.

Placido, A. (2001) Manual de Derecho de Familia. Lima: Editorial Gaceta Jurídica

Reyna Alfaro, L.M. (2016). Delitos contra la familia y violencia doméstica. Lima: Jurista Editores.

Salinas Siccha, R. (2008). Derecho Penal. Parte Especial. Lima: Editorial Grijley.

Santiago Nino, C. (1980). Los límites de la responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Editorial Ástrea.

VarsiRospigliosi, E. (2013). Tratado de Derecho de Familia. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Villa Stein, J. (1997). Derecho Penal. Parte Especial.T.1-A. Lima: Editorial San Marcos.

Zaffaroni, E.R. (2009). Estructura Básica del Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Ediar

LINKOGRAFÍA

- <https://www.infobae.com/teleshows/paso-en-la-tv/2017/02/23/ariel-diwan-sobre-el-hijo-de-gisela-bernal-me-pueden-devolver-una-casa-pero-hay-algo-que-nunca-me-lo-van-a-devolver/>
- <https://www.iprofesional.com/notas/209443-El-caso-Diwan-Bernal-abre-el-debate-como-y-cuando-una-persona-puede-llegar-a-poner-en-duda-su-paternidad>

ANEXOS:

ANEXO 01: Propuesta Legislativa



Proyecto de Ley N° 012019

PROYECTO DE LEY

**LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 147 DEL
CÓDIGO PENAL PERUANO, QUE REGULA EL
TIPO PENAL ENGAÑO DE ATRIBUCIÓN DE
FALSA FILIACIÓN**

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

**ARTÍCULO 147 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO, QUE REGULA EL TIPO
PENAL DE FEMINICIDIO**

Artículo 1. Incorporación:

Incorpórese el texto del artículo 147° del Código Penal Peruano, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Artículo 147°:

La mujer que induce o mantiene en error al presunto padre mediante engaño, atribuyéndole falsa filiación que se demuestra mediante resolución

judicial será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno, ni mayor de cuatro años.

5.1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto incorporar el tipo penal de engaño de atribución de falsa filiación, con la finalidad de proteger el bien Jurídico “Estado Civil”, entendido como la situación jurídica de una persona con respecto a sus vínculos de familia.

Disposiciones finales

Primera. - Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

Segunda. - La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los 20 días del mes de marzo de 2019.

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA, POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los 15 días del mes de abril de 2019.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Es una práctica común en la sociedad que la mujer engañe a su pareja y le atribuya la paternidad de un hijo que no le corresponde, en razón de obtener una posición económica, o para no ser descubierta por haber cometido infidelidad (conducta no punible penalmente), o quizás por el hecho de conservar su honor frente a la sociedad. Conducta que no es sancionada penalmente por no estar regulada en el Código Penal y que sin embargo si lesiona el bien jurídico “Estado Civil”.

Alrededor de un 30 por ciento de mujeres que entabla un proceso judicial por paternidad se equivoca al señalar a la persona que atribuye como progenitor, según revelan las pruebas de ADN practicadas para determinar la filiación paterna. (Andina, 2010)

El Código Civil establece en el artículo 361 lo siguiente: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, es decir que el hijo que naciera en la unión marital, se presume que es hijo de la unión marital, por lo que la ley proteger al niño y a la madre de la indefensión o el estado de necesidad.

Así mismo, el mismo Código civil faculta al supuesto padre o por la madre para que pueda negar tal reconocimiento en el caso de tener conocimiento de que no

es su hijo, tal y como lo establece el artículo 399°. En plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de que se tuvo conocimiento del acto, como lo establece el artículo 400° del cuerpo legal en comento.

El engaño de la madre hacia el padre sobre la paternidad genera una problemática que necesita ser resuelta. El Tribunal Constitucional ha resuelto casos relacionados con la declaración de la paternidad. Así tenemos el Proceso de Amparo N° 4167-2011-Callao, sobre la filiación de reconocimiento de paternidad contra la sucesión de su padre biológico. La Casación N° 1303-2013-San Martín, por el que una mujer adulta exigía la impugnación de paternidad de su padre legal tras enterarse de la existencia de su verdadero biológico. La Casación N° 2726-2012-DEL SANTA, correspondiente a la pareja de la madre que, pese a no negar la paternidad del hijo de un tercero, esta le fue reconocida judicialmente al padre biológico. La Casación N° 3797-2012-Arequipa, en la que se determinó que no es posible impugnar la paternidad fuera del plazo de noventa días que dispone el artículo 400 del Código Civil. La Casación N° 864-2014-Ica, por la que se acogió el caso de un hombre que había reconocido al hijo de su pareja creyendo que era el padre biológico cuando en realidad no lo era. La Casación N° 5517-2009-Cajamarca, en dónde se estableció que en el caso, la convivencia se había complicado ante la noticia del engaño y que, además, se había afectado el honor a nivel público y privado de quien hasta entonces se consideraba padre del niño. Y por último, el Exp. N° 04305-2012-PA/TC en el que, se señala que la declaración de paternidad no es exigible cuando el hijo fallece.

Por las razones antes expuestas, se ve en la imperiosa necesidad que dicha conducta típica debe ser legislada por el órgano jurisdiccional competente en beneficio de la veracidad del vínculo jurídico paterno-filial.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN

NACIONAL

La propuesta legislativa en estricto incorpora el Art.- 147° al Código Penal Peruano.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de un requisito adicional que deberá tomar en cuenta el Registrador antes de realizar la anotación del embargo.

ANEXO 02: EXPEDIENTE 00154-2009-0-3204-PJ-CI-03 INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO – LA MOLINA Y CIENEGUILLA
SEDE LOS METEOROLOGOS**

EXPEDIENTE : 00154-2009-0-3204-JP-CI-03
MATERIA : INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS
JUEZ : HERENCIA ESPINOZA SILVIA JENIFER
ESPECIALISTA : TERAN TERAN MARIA ELENA
DEMANDADO : [REDACTED]
DEMANDANTE : [REDACTED]

SENTENCIA

Resolución Número sesenta y ocho

Lima, dos de febrero de dos mil dieciocho

SENTENCIA

1. [REDACTED], interpone demanda de Indemnización por Daños y Perjuicios contra [REDACTED], por haberle atribuido falsa y engañosamente la paternidad del menor [REDACTED], solicitando el pago de S/ 150,000.00 y los intereses legales, los cuales divide de la siguiente forma:

- Por daño emergente la suma de S/ 25,000.00, al haber incurrido en gastos de cuidado del embarazo, alumbramiento, atención medica, bautizo y baby shower.
- El daño moral por S/ 125,000.00 por el sufrimiento causado a su persona, a su proyecto de vida y su familia, por un hijo que nunca le perteneció.

Fundamenta la demanda indicando que:

- Conoció a la demandada con quien mantuvo una relación de pareja.
- Al tomar conocimiento del embarazo, él y sus padres asumieron todos los gastos del embarazo, medicinas y cuidados así como la organización de un Baby Shower que corrió por completo a cuenta de su madre.
- Al nacer el menor lo inscribió en los Registros Públicos y lo declaró como su dependiente ante su empleador Contraloría General de la República, a fin de proporcionarle el seguro de atención médica.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO – LA MOLINA Y CIENEGUILLA
SEDE LOS METEOROLOGOS**

- Posteriormente, mediante sentencia de fecha 08 de Agosto del 2008 recaída en el Expediente N° 866-2006-FC, se declara que el menor no es hijo biológico del demandante, lo que evidencia el engaño en la paternidad, en obligaciones económicas y morales y, por tanto, se genera el daño moral no solo a su persona sino también a su familia.
2. Admitida a trámite la demanda mediante Resolución Numero uno, en la vía de proceso Abreviado, se corrió traslado a la demandada por el plazo de diez días, quien contesta la demanda indicando que el demandado siempre tuvo conocimiento de la filiación biológica del menor, por el contrario, fue el demandante quien realizó falsamente un reconocimiento de paternidad que nunca le correspondía.
 3. Por Resolución número cuatro se declaro saneado el proceso y la existencia de una relación procesal valida entre las partes; notificándose a las partes para que dentro del tercero día propongan los puntos controvertidos. Mediante resolución número nueve se fijaron los puntos controvertidos, admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes y actuadas las mismas, quedo la causa expedita para pronunciar sentencia. Al emitirse la misma, ésta fue anulada, motivo por el cual corresponde emitir nueva sentencia.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO.- Conforme al artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”; y en ejercicio de ello el recurrente interpone la presente demanda a fin que la demandada cumpla con pagarle la suma de S/ 150,000.00, más los intereses legales, costas y costos, como consecuencia de, haberle atribuido falsamente la paternidad del menor [REDACTED] [REDACTED], hecho que es negado por la demandada, quien refiere que el demandado siempre tuvo conocimiento de la filiación biológica del menor, por el contrario, fue el demandante quien realizó falsamente un reconocimiento de paternidad que nunca le correspondía.)

SEGUNDO.- Los puntos controvertidos establecidos en el proceso, son:

- 1) Determinar si la demandada se encuentra obligada al pago de lo pretendido;
- 3) Determinar si corresponde el pago de intereses legales

TERCERO.- Por lo que, esta judicatura debe determinar si al demandante se le ha atribuido falsamente la paternidad del menor [REDACTED], generándose el reconocimiento engañoso de tal estado y, si como consecuencia de ello, se ha generado una obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados.

CUARTO.- En el presente caso, se advierte que la demanda interpuesta versa sobre un pedido de indemnización de daños y perjuicios, sustentando la misma en la aplicación de lo establecido en el artículo 1969º, norma que regula la responsabilidad extracontractual.

QUINTO.- Sobre este tema, resulta pertinente mencionar que la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados, cuando éstos se hayan producido como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, o bien se trate de daños que sean resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional, si bien la doctrina moderna, ha establecido el tratamiento unitario de estos dos aspectos de la responsabilidad, existe una diferencia esencial entre ambos aspectos, el cual radica, evidentemente en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y, en el otro caso, el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a nadie, adicionalmente a ello, la inversión de la carga de la prueba, siendo que nuestro Código Civil en el supuesto de la responsabilidad extracontractual invierte la carga de la prueba, por lo que corresponde al autor del daño demostrar su ausencia de culpa.

SEXTO.- En tal sentido, tratándose el presente de un caso de responsabilidad civil extracontractual, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) la antijuricidad, entendida como una conducta que contraviene una norma prohibitiva y cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, b) la acreditación del daño,



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO – LA MOLINA Y CIENEGUILLA
SEDE LOS METEOROLOGOS**

ya sea patrimonial (lucro cesante o daño emergente) o extrapatrimonial (moral o personal), puesto que de no verificarse el daño no hay nada que reparar o indemnizar, debido a que no hay lesión a un interés jurídicamente protegido, c) la relación de causalidad, rigiendo en nuestro sistema para la responsabilidad extracontractual, la teoría de la causa adecuada, esto es, que el daño causado tiene que ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, y d) los factores de atribución, que son aquellos que finalmente determinan la existencia de la responsabilidad civil, y que en el caso de ser extracontractual puede deberse al dolo, la culpa o el riesgo creado.

1.1 Antijuricidad

SÉPTIMO.- El artículo 1969º del Código Civil 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".

OCTAVO.- En el presente caso, el demandante refiere que [REDACTED] le ha atribuido falsamente la paternidad del menor [REDACTED], lo que es contradicho por la demandada, quien expresa que al tomar conocimiento del estado de gestación, se lo comentó al demandante, quien como "buen amigo" se ofreció a inscribir al menor como su hijo.

NOVENO.- De la información obrante en el expediente se puede constatar que:

1. El demandante refiere haber sostenido una relación con la demandada quien el quince de agosto de dos mil quince le comunica que estaba embarazada.
2. Efectivamente, como lo reconoce la demandada, al momento de absolver el pliego interrogatorio en el momento de la audiencia, ambos sostuvieron una relación sentimental en dos etapas desde el año 2003 hasta el 2004 y posteriormente desde mayo de 2005 al 2006.

Sin embargo, mediante escrito de contestación en el proceso de Impugnación de Paternidad tramitado por [REDACTED] contra [REDACTED] y [REDACTED], proceso en el que reconoce

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO – LA MOLINA Y CIENEGUILLA
SEDE LOS METEOROLOGOS**

haber sostenido una relación sentimental con el accionante en este proceso desde el 2003 hasta mediados de 2004 y, no haberlo visto sino hasta setiembre de 2006.

Información que resulta contradictoria, si se advierte que el periodo de gestación del menor comprende desde marzo de 2005 a diciembre de 2005, fecha en que la demandada expresa ya había concluido la relación sentimental con el padre biológico del menor.

Conforme lo advierte la demandada, tomo conocimiento del embarazo a las 24 semanas de gestación, esto es, en agosto de 2005, periodo en el que sostenía una relación sentimental con el demandante y a quien le comunica su estado.

Cabe precisar que desde esa fecha fue el demandante quien participa en la celebración del agasajo previo al nacimiento del menor, motivo por el cual, ante el alumbramiento, se consignó en los documentos emitidos por el Centro de Salud, Tarjeta de Control y citas médicas, el apellido del demandante como el progenitor.

Con fecha 19 de diciembre de 2005, ambos concurren a inscribir al menor como hijo de ambos, lo que se evidencia con la partida de nacimiento de [REDACTED]

En setiembre de 2006, al reencontrarse la demandante con [REDACTED], concurrieron a realizarse una prueba de ADN, constatándose en dicha fecha que el demandante no resultaba ser el padre biológico de [REDACTED]

Lo que motivo que, tres meses después, el padre biológico interponga un proceso de impugnación de paternidad reclamando en esa fecha la filiación del menor, siendo notificado, el demandante en agosto de 2007, con el resultado de la prueba de paternidad.

Lo que determina que, a esa fecha, haya tomado conocimiento formal de la existencia del padre biológico, no habiéndose demostrado que en fecha anterior la demandada le haya comunicado al demandante el vínculo paternal del menor.

Por el contrario, se constata que como consecuencia de la declaración falsa de paternidad se apertura un proceso penal por falsedad ideológica ante el Trigésimo Cuarto Juzgado Penal de la Corte de Lima, en el que, como consecuencia de la inconsistencia en la declaración de la demandada, resolvieron condenarla por el delito de falsedad ideológica. Sentencia que, si bien ha sido impugnada, evidencia las contradicciones incurridas por la demandante, respecto al momento de inscripción del menor.

Lo que lleva a la conclusión que el demandante no tuvo conocimiento de la verdadera filiación del menor hasta antes de la demanda de impugnación de paternidad.

De lo que, se puede colegir que la conducta de la demandada infringe la norma establecida en el artículo 1969 del Código Civil, constituyéndose ésta como una conducta como antijurídica.

1.2. Daño

El demandante expresa en el escrito de demanda que la demandada debe indemnizar por el daño emergente y el daño moral ocasionado al haberle atribuido falsamente la paternidad del menor

UNDÉCIMO.- Debe tenerse presente que el daño es todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma, sea en su patrimonio, y que no necesariamente se refiera a un menoscabo por la pérdida de un derecho; por lo que, en términos generales puede ser definido como la disminución o detrimento del patrimonio o los detrimentos morales sufridos por una persona.

DUODÉCIMO.- Las características del daño para ser considerado como tal, son que éste debe ser cierto y que debe haber recaído sobre un interés propio.

DECIMOTERCERO.- Respecto a los tipos de daño, se pueden clasificar en daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, el primero de ellos, referido al daño concreto, específico y de orden físico siempre con consecuencias patrimoniales directas y, el segundo, no cuantificable en dinero y que se circunscribe al daño subjetivo.

DECIMOCUARTO.- El daño patrimonial se divide a su vez en: daño emergente, que es el empobrecimiento del patrimonio, la pérdida o detrimento patrimonial efectivamente sufridos y el lucro cesante, que consiste en la renta ganancia dejada de percibir a resultas del suceso dañoso.

DECIMOQUINTO.- En la demanda, el demandante solicita el pago por concepto de daño emergente, circunscribiendo este a los gastos de embarazo y cuidado del embarazo, gastos de alumbramiento, atención médica, bautizo y *baby shower*, gastos que no han sido acreditados, pese a que por la naturaleza del daño invocado, no siendo suficientes las fotografías y capillos, toda vez que los gastos deben ser acreditados con boletas de pago, únicos documentos que determinan y acreditan la prestación de servicios o compra de productos.

DECIMOSEXTO.- Debe tenerse en consideración que el Artículo 196º del Código Procesal Civil establece que “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

DECIMOSÉPTIMO.- En atención a la norma citada en el proceso de indemnización de daños y perjuicios cuyo contenido sea patrimonial, las partes, deben probar los daños efectivamente causados, en tanto, estos por su propia naturaleza resultan cuantificables en dinero y por lo tanto sujetos a probanza.

DECIMOCTAVO.- Contrariamente a ello, debe señalarse que en autos no obra medio probatorio alguno que acredite la merma patrimonial a la que hace referencia, circunstancia que no se condice con la características del daño indemnizable, el cual

circunscribe este a un daño cierto, por lo que, al no haber sido acreditado, no corresponde su amparo.

DECIMONOVENO.- En lo que respecta al daño moral, debe indicarse que este se constituye como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por la agresión directa sufrida por la persona, siendo la situación básica para que haya lugar a la indemnización de un daño moral, el sufrimiento o padecimiento psíquico, en la impotencia, ansiedad o angustia, en la zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, en el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico; el cual, si bien no es cuantificable en dinero es susceptible de ser reparable mediante una indemnización de carácter patrimonial, debiendo al establecerse tener en consideración la magnitud y el menoscabo causado a la víctima, tal como lo establece el artículo 1984º del Código Civil.

VIGÉSIMO.- En el presente caso, éste se manifiesta en el daño moral causado al demandante por no haberse determinado desde el principio la verdad biológica del menor, pues, desde que se le comunicó el embarazo hasta que conoció el resultado de las pruebas biológicas a finales de 2006, ha vivido con el convencimiento que Gael Eduardo era su hijo, proyecto que se ha visto mutilado como consecuencia de la verdad biológica impuesta, causando una pérdida de afectos y un vacío emocional, además del sentimiento de profunda frustración que ha generado en el demandante la situación padecida-

VIGÉSIMO PRIMERO.- Sobre este punto en particular la Corte Suprema en la sentencia Casación N° 5517-2009-Cajamarca, en un caso similar, respecto de la paternidad de un hijo con tercero, pero dentro del matrimonio, expresa que *“En el presente caso, la trascendencia de la permanente falsedad mantenida por la demandada no solo ha afectado la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges, sino además el honor, la dignidad personal e imagen social del cónyuge afectado”*. supuesto no sólo aplicable entre cónyuges, sino también en relaciones sentimentales.

1.3. Relación de causalidad

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Con respecto a la relación de causalidad, Fernando de Trazegnies al ocuparse del nexo de causalidad, señala que en materia de responsabilidad civil extracontractual el Código Civil Peruano ha acogido la Teoría de la Causa Adecuada según la cual se trata de saber qué causas normalmente producen un tal resultado y dentro de esta teoría, el Código adopta la variante que coloca el acento en la conexión fáctica, en la que se trata de hacer un análisis regresivo de las causas y observar cuáles de ellas llevan normalmente al resultado dañino, independientemente de que el actor lo supiera o no¹.

VIGÉSIMO TERCERO.- De acuerdo a la teoría a la cual se acoge nuestro ordenamiento jurídico, no basta que un hecho haya sido, en el caso concreto, condición del daño, sino que se requiere además que, en virtud de un juicio de probabilidad, resulte la causa adecuada de ese daño.

VIGÉSIMO CUARTO.- En el presente caso, debe señalar que el daño sufrido por el actor consiste en el menoscabo al honor y a la dignidad del actor, en tanto, le fue atribuido como propio un menor, del cual, tuvo conocimiento de la ausencia de vínculo filial, al tomar conocimiento de la demanda instaurada en su contra, sobre impugnación de paternidad, negándosele pese a la declaración de paternidad realizada, el derecho a ejercer la tenencia del menor, lo que evidencia la probabilidad del daño causando.

1.4. Factor de atribución

VIGÉSIMO QUINTO.- En el campo de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo al código actual son dos los factores de atribución se encuentran consagrados independientemente en los Artículos 1969° y 1970° respectivamente, la diferencia entre ambos factores de atribución apunta principalmente a que en el sistema subjetivo el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entiéndase dolo o culpa.

VIGÉSIMO SEXTO.- El artículo 1969° del Código Civil establece la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual, la víctima del daño no está obligada a

¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ob. Cit. pp 288.

demostrar el dolo o culpa del agente, sino que corresponde al autor del daño el descargo por falta de dolo o culpa en la conducta.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- En el presente caso, el factor de atribución está constituido por la conducta de la demandada quien pese a conocer la fecha de concepción, no demuestra haber comunicado la verdadera filiación del menor, no habiendo efectuado descargo alguno, en autos, respecto de la falta de dolo o culpa en su conducta.

VIGÉSIMO OCTAVO.- En consecuencia, habiéndose determinado la concurrencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual, es posible concluir que la conducta de la demandada ha causado daños y perjuicios que importen del señalamiento de una indemnización por tal concepto.

2. Cuantificación del Daño

VIGÉSIMO NOVENO.- La valuación del daño consiste en determinar cuál es el perjuicio y que intensidad reviste y su posterior cuantificación en dinero, respecto del daño extrapatrimonial, en principio, se decide sin ningún elemento o parámetro que permita determinar el equivalente en dinero porque no hay una correlación entre un mal espiritual y una bien dinerario. Por tanto, no puede concederse una reparación exacta, pero esto no quiere decir que no deba concederse ninguna, ni tampoco se otorgue cualquiera.

TRIGÉSIMO.- En nuestra legislación, el artículo 1984º del Código Civil establece que “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- En tal sentido, debe tenerse en consideración que aquí se presenta un menoscabo al honor y dignidad de la persona, derechos constitucionales reconocidos a todo ser humano, tal es así que el artículo 1º de la Constitución dispone que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”,



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO – LA MOLINA Y CIENEGUILLA
SEDE LOS METEOROLOGOS**

Por estas consideraciones, en uso de las facultades conferidas por la Constitución y la Ley, administrando Justicia a Nombre de la Nación con criterio de conciencia, la Señora Jueza Titular del Segundo Juzgado de Paz Letrado de La Molina y Cieneguilla, ha resuelto:

FALLA:

Declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta por [REDACTED]
[REDACTED] contra [REDACTED], sobre; **INDEMNIZACION**
por daños y perjuicios; en consecuencia, fijo el monto de la indemnización por daño moral, en la suma de **VEINTE MIL SOLES** que deberá pagar el demandado, con intereses legales desde la fecha de producido el daño; con costas y costos.

**ANEXO 03: SENTENCIA STS 1933/2015 DE PLENO DE 24 DE ABRIL DE 2015.
RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE
CASACIÓN.**



Roj: STS 1933/2015 - ECLI: ES:TS:2015:1933

Id Cendoj: 28079119912015100023

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 991

Fecha: 24/04/2015

Nº de Recurso: 1254/2013

Nº de Resolución: 202/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

Resoluciones del caso: SAP CU 191/2013,
STS 1933/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 202/2015

Fecha Sentencia : 24/04/2015

CASACIÓN

Recurso Nº : 1254/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 25/03/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : José Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CUENCA SECCION N. 1

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

Escrito por : AAV

REEMBOLSO DE CANTIDADES SATISFECHAS EN CONCEPTO DE PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS DECLARARSE LA INEXISTENCIA DE RELACIÓN FILIAL. COBRO DE LO INDEBIDO. EFICACIA RETROACTIVA DE LA SENTENCIA QUE ESTIMA LA IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL.

CASACIÓN Num.: 1254/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Votación y Fallo: 25/03/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 202/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel D. José Antonio Seijas Quintana D. Antonio Salas Carceller

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil quince. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cuenca, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 514/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº uno de Tarancón, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Domingo , representado ante esta Sala por la

Procuradora de los Tribunales doña Gema Pinto Campos; siendo parte recurrida doña Natalia , representada por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Milagros Castell Bravo, en nombre y representación de don Domingo , interpuso demanda de juicio sobre reclamación de cantidad contra doña Natalia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare: la obligación de pagar a mi mandante la cantidad expresada en esta demanda, con imposición de las costas a la parte demandada si se opusiere a la presente demanda.

2.- El procurador don Francisco José González Sánchez, en nombre y representación de doña Natalia , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo libremente a mi representada, con expresa condena en costas al actor.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº uno de Tarancón, dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue *FALLO: Estimar la demanda interpuesta por la procuradora doña Milagros Castell Bravo, en nombre y representación de don Domingo , contra doña Natalia representada por el procurador don Francisco González Sánchez, condenando a la demandada a que abone al demandante el importe de 17.852,65 euros. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Natalia . La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cuenca, dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto la representación procesal de doña Natalia contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Tarancón en el Juicio ordinario nº 514/2010, de los que dimana y a ellos se contrae el Rollo Apelación nº 3 47/2012, declaramos que debemos REVOCAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, que deja sin efecto y, en su lugar, dictamos la presente por la que declaramos que debemos absolver y absolvemos a Dª Natalia de las pretensiones deducidas en su contra en la presente litis por D. Domingo , sin pronunciamiento condenatorio respecto de las costas procesales devengadas en ambas instancias, y con devolución al recurrente del depósito constituido .*

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación de don Domingo con apoyo en los siguientes **MOTIVO:PRIMERO.-** Al amparo del artículo 477.2.3 en conexión con el artículo 477.3 de la LEC . Infracción por aplicación indebida del artículo 218.1. párrafo 2º de la LEC . **SEGUNDO.-** Al amparo del artículo 477.2.3. en conexión con el artículo 477.3. de la LEC . Infracción por aplicación indebida del artículo 1895 del CC , en relación con la doctrina jurisprudencial emanada de aquel precepto, en especial

de la doctrina derivada de la disparidad de posturas procedentes de las diferentes Audiencia Provinciales del territorio nacional que cita.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha dos de diciembre de 2014 , se acordó:

1º.- No admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación de don Domingo contra la sentencia dictada con fecha 8 de abril de 2013 por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 347/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 514/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Tarancón.

2º.- Admitir el motivo segundo del recurso de casación antes citado.

Dése traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Jorge Delito García, en nombre y representación de doña Natalia , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para PLENO de la Sala el día 25 de Marzo de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Antonio Seijas Quintana** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Don Domingo contrajo matrimonio con doña Natalia el día 1 de septiembre de 1985. El día NUM000 de 1990 nació Genoveva , la cual fué inscrita como hija matrimonial de don Domingo .

Transcurridos dieciocho años de matrimonio y como consecuencia del deterioro de la relación conyugal, decidieron de común acuerdo interponer demanda de separación conyugal, que se obtuvo mediante sentencia de 29 de enero de 2003 , previo convenio regulador de 14 de noviembre de 2002, en la que se impone al esposo el pago de una pensión de **alimentos** a favor de la hija de 300 euros mensuales, además de un régimen de visitas, que se hace efectivo desde diciembre de 2002. Dos años más tarde don Domingo interpuso demanda de divorcio, el cual fue concedido por sentencia de 23 de junio de 2005 .

Ante la duda de ser el padre biológico de la menor, don Domingo se practicó las pruebas de paternidad y, en su vista, inició los trámites judiciales para impugnar la filiación matrimonial que concluyeron mediante sentencia de 24 de septiembre de 2008 del Juzgado de 1ª Instancia de Tarancón , estimatoria de la demanda, confirmada por la Audiencia Provincial de Cuenca, en fecha 23 de marzo de 2009.

En el pleito del que este recurso dimana, don Domingo reclama de doña Natalia los **alimentos** que ha venido pagando desde el inicio del convenio regulador -diciembre de 2002- hasta el 23 de marzo de 2009, fecha en la que se declaró judicialmente la inexistencia de relación filial alguna. En total, 19.285,82 euros. La demanda se fundamenta en el artículo 1895 y concordantes del Código Civil , indicando expresamente que se ejercita acción de cobro de lo indebido.

La sentencia del Juzgado estimó la demanda, con la sola reducción del importe a devolver por parte de la demandada, que lo fija en 17.852,65 euros, atendiendo a las alegaciones de esta parte, no cuestionadas por el demandante, de que pagó desde diciembre de 2002 hasta octubre de 2007, salvo tres mensualidades en el año 2003. Considera que la acción ejercitada es la de enriquecimiento injusto, no la de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del CC , concurriendo los requisitos del artículo 1895 CC , cuyo plazo de prescripción es el de quince años.

La sentencia fue apelada por la demandada y revocada por la Audiencia Provincial. Siendo conscientes, dice la sentencia, *"de la complejidad jurídica del fondo del asunto "*, no se comparten las conclusiones alcanzadas por la Juzgadora de Instancia, ya que , *"si bien es cierto que en la fundamentación jurídica de la demanda rectora se alude expresamente al artículo 1895 del CC regulador del cobro de lo indebido, no lo es menos que en aspecto fáctico se hace continua mención a la mala fe (dolo) de la demandada al haber ocultado las relaciones extramatrimoniales..."* . Añadiendo que, *"siendo conscientes de la diversidad de posturas existentes al respecto, partiendo de la propia sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22/07/1999 que exige la cumplida acreditación de una conducta dolosa de la parte, circunstancias que en el presente caso no puede estimarse acreditada dado que se trata de meras manifestaciones que no cuentan con elementos objetivos corroborados dado que dicha circunstancia, en modo alguno, se declaró como tal en el anterior procedimiento de impugnación de la filiación y en este procedimiento tan solo se cuenta con las manifestaciones del actor impregnadas, como es lógico de un claro matiz subjetivo, lo verdaderamente relevante es determinar si la pretensión instada tiene encaje en el art. 1895 del Código Civil , por el contrario, en el artículo 1902 del mismo Cuerpo Legal "*.

Sitúa la relación jurídica en el ámbito del artículo 1902 porque *"considera que la acción no tiene encaje en el artículo 1895 del Código Civil dado que no concurren los presupuestos del cobro de lo indebido dado que el pago de las pensiones alimenticias obedece al cumplimiento de las resoluciones judiciales que las determinan, esto es, existe justa causa para el abono de las mismas que solo decae, como es lógico, cuando se declara judicialmente la no filiación matrimonial de la hija"*. Consecuencia de lo cual es que la acción está prescrita, y, en todo caso, *"para el supuesto de considerarse que no media la prescripción, no existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias establecidas judicialmente"*.

Don Domingo formula recurso de casación.

SEGUNDO.- El problema jurídico que plantea el recurso se contrae a determinar si se puede admitir la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del CC, para la devolución con carácter retroactivo de los **alimentos** entregados a una hija menor, como consecuencia de una sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial, precedida de un proceso de impugnación de aquella, que hace desaparecer esta obligación no "ex nunc" sino "ex tunc".

Todo ello a partir de un motivo único en el que se denuncia la infracción del artículo 1895 CC, en relación con la jurisprudencia que lo interpreta y con las contradicciones existentes entre Audiencias Provinciales.

Se desestima el recurso.

Esta Sala no se ha pronunciado de forma expresa sobre la acción que ha de ejercitarse para reclamar los **alimentos** pagados por quien se creía progenitor y posteriormente resulta que no lo es, como tampoco sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en cuanto a la obligación de devolver **alimentos** cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio. Las sentencias de 22 de julio de 1999 y 14 de julio de 2010 no responden a supuestos iguales. Se refieren a casos de padres que habiendo tenido hijos de su matrimonio, se habían separado y descubren después de la interposición de demandas de paternidad que uno de los hijos del matrimonio no era hijo biológico suyo y solicitan la indemnización correspondiente por una contribución indebida a las cargas del matrimonio. En ambos casos la acción ejercitada no fue discutida por las partes, lo que no ocurre en este caso en el que la parte ahora recurrente no ejercita en la demanda la acción del artículo 1902 del CC, que ni siquiera menciona, sino la del artículo 1895 del CC. Tampoco se pronuncian sobre si constituye justa causa la existencia de una sentencia fijando **alimentos** que impide la posibilidad de apreciar la existencia de un cobro de lo indebido después de declararse la inexistencia de la obligación.

Lo que se enjuicia y resuelve en estas sentencias es lo siguiente:

a) En la demanda que dio lugar a la sentencia de 22 de julio de 1999, el demandante alegaba que el pago de las pensiones alimenticias había enriquecido el patrimonio de la madre, pues de no haber sido considerado hijo matrimonial hubiera sido ella quien hubiera debido pagarlas. La sentencia resuelve el caso aplicando el artículo 1902 CC y niega la indemnización. Los supuestos que comportan la responsabilidad extracontractual -dice-, "vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a..."

b) La sentencia de 14 de julio de 2010 consideró que la reclamación había prescrito. La demanda había sido formulada por el esposo contra la que había sido su esposa, por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales, concretamente la hija nacida en 1984, no había sido engendrada por el demandante.

No sucede lo mismo en las Audiencias Provinciales, donde la discrepancia es evidente.

a) Sentencias que sostienen que la reclamación de los **alimentos** abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1895 CC: SSAP de Cádiz -Sección 2ª- de 3 de abril de 2008; León -Sección 1ª- de 2 de enero 2007; Asturias -Sección 6ª- de 28 de septiembre 2009 y 15 de octubre 2010.

b) Sentencias que sostienen que la reclamación de los **alimentos** abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1902 CC: SSAP de Valencia -Sección 7ª- de 5 de septiembre de 2007 y 2 de noviembre de 2011; Barcelona -Sección 1ª- de 16 de enero 2007; Baleares -Sección 3ª- de 20 de septiembre de 2006.

c) Sentencias que consideran que en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los **alimentos** eran debidos: SSAP de Ciudad

Real, de 29 de febrero de 2012 ; Toledo de 7 de noviembre de 2002 -Sección 2ª- (solo se pagarían a partir de una resolución judicial que así lo declare); Granada -Sección 5ª - de 13 de junio de 2014.

Esta Sala se inclina por esta última solución

1. La Sentencia recurrida descarta que se pueda subsumir el caso bajo las reglas del cobro de lo indebido, sino que lo sería bajo las reglas del artículo 1902 del CC , por lo que la acción estaría prescrita, dado que el actor había tenido perfecto y cabal conocimiento de que la hija no era suya, mediante la notificación de la sentencia de 2 de septiembre de 2008 , y, en cualquier caso " *no existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias* ". La Sentencia de Primera Instancia había subsumido el deber de restitución bajo las reglas de la "*repetición de lo indebido* ", del artículo 1895 CC , tal y como había sido configurada la demanda, y no en el artículo 1902 CC , siendo aquella y no esta la norma sobre la que versa el recurso, puesto que la acción deducida no tiene como fundamento un daño causalmente vinculado a la infidelidad de la madre y consiguiente nacimiento de una hija que ha sido considerada, hasta la impugnación de la filiación, como matrimonial, cuyo importe se cifra en lo pagado por **alimentos**, sino en el pago indebido de estos.

2. Es innegable que, en situación normal, un pago indebido genera un derecho de crédito en favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho. Según el artículo 1895 "Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla".

La Sentencia de 14 de junio de 2007 , recogiendo la doctrina de esta Sala (SSTS 21 de noviembre de 1957 , seguida por las de 6 de julio de 1968 , 12 de noviembre de 1975 , 30 de enero de 1986 y 8 de julio de 1999), señala que para que nazca la obligación de restituir, se requiere:

a) un pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (animus solvendi) o, en general, de cumplir un deber jurídico. La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho (artículo 1900 CC),

b) inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente, cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas de la que da y de la que recibe el pago, u objetivamente, cuando falta la relación de obligaciones entre solvens y accipiens, bien porque jamás ha existido la obligación o porque aún no ha llegado a constituirse o porque, habiendo existido la deuda, ya esté pagada o extinguida; y,

c) error por parte del que hizo el pago. El error ha de ser probado, salvo en los casos en que lo presume la ley.

Las Sentencias de 24 de abril de 1976 y 26 de marzo de 1986 remarcaban la necesidad de que se dieran los dos elementos básicos: entrega de cosa o cantidad indebida y error en el solvens. La Sentencia de 25 de noviembre de 1989 insistía en la necesidad de una atribución sin causa producida por error.

3. Ahora bien, estas reglas no se trasladan sin más en materia de **alimentos** para conceder legitimación al alimentante, que **alimentó** a una hija que luego se demostró que no era suya, para que se le restituya lo abonado, y pasiva a quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de la hija común, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos:

a) La niña nace constante la relación del matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil , reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154, ambos del Código Civil , una de las cuales, los **alimentos**, se extrae del conjunto de obligaciones para reclamar su devolución por un periodo que no cubre toda la vida de la menor. Solo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo resulta incongruente pues tan indebido sería lo invertido antes como después, puesto que ambos cónyuges, aun divorciados, seguían comprometidos al pago de los **alimentos** por deber de patria potestad.

b) Estos **alimentos**, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres (artículo 154 CC) -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- y el propio hecho de la filiación (artículo 111 CC), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida de la niña porque la función de protección debía cumplirse y a la hija debía de alimentarse, sin que pueda solicitarse su devolución por todo el periodo de vida de la niña, ni por supuesto, por el que ahora se reclama, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. La no devolución tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913 , que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897 , que establecieron que los **alimentos** no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los **alimentos** como tampoco

se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan.

c) El derecho a los **alimentos** de la hija existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes. Por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido. La filiación, dice el artículo 112 CC, "produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario"; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como en el de extinción de la adopción (artículo 180.3 CC : "La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos"); en el de la declaración de nulidad del matrimonio (artículo 79 CC : "La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos..."), o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (artículo 148.3 CC : "Se verificará el pago por meses anticipados, y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente"), y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al carácter consumible de los **alimentos** o de sentencias como la de 18 de noviembre de 2014 conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efectos retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de la notificación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Es cierto que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero esta realidad no excluye necesariamente situaciones como la contemplada en el caso resuelto por la sentencia de 20 de noviembre de 2013, en el que se atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad, lo que pone en evidencia el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar.

TERCERO.- Se desestima el recurso y se mantiene la sentencia, si bien por los argumentos que en esta se exponen; sin expresa condena en las costas causadas por el recurso, habida cuenta las discrepancias existentes sobre la cuestión que ha sido objeto de enjuiciamiento a través del mismo.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de don Domingo, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, de 8 de abril de 2013; sin expresa declaración en cuanto a las costas del recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán. José Ramón Ferrándiz Gabriel. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Sarazá Jimena. Sebastián Sastre Papiol Eduardo Baena Ruiz. Xavier O' Callaghan Muñoz.** Firmado y Rubricado.

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

FECHA: 24/04/2015

Que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. Antonio Salas Carceller y don Francisco Javier Orduña Moreno, al amparo de lo previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia nº 202/2015, de 24 de abril (Recurso nº 1254/2013). No se comparte la fundamentación jurídica de dicha resolución, salvo el fundamento primero en lo que se dirá.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La referida sentencia, de la que discrepamos con absoluto respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, contiene en su fundamento de derecho primero una relación de los hechos que han dado lugar al presente proceso con referencia al contenido de las sentencias recaídas en ambas instancias y, en cuanto a ello, estamos de acuerdo con tal fundamento.

Conocido por el demandante don Domingo el hecho de que no era el padre biológico de Genoveva, la que creía nacida de su matrimonio con la demandada doña Natalia, formuló demanda contra la esposa, una vez disuelto el matrimonio por divorcio, en reclamación de las cantidades que consideró indebidamente satisfechas por **alimentos** de la menor una vez producida la ruptura matrimonial, según el convenio suscrito y aprobado judicialmente.

SEGUNDO.- La sentencia acordada por la mayoría de los miembros de la Sala afirma en el inicio de su fundamento de derecho segundo que *«el problema jurídico que plantea el recurso se contrae a determinar si se puede admitir la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del CC, para la devolución con carácter retroactivo de los **alimentos** entregados a una hija menor, como consecuencia de una sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial, precedido de un proceso de impugnación de aquella, que hace desaparecer esta obligación no "ex nunc" sino "ex tunc"....»*.

No se trata en este caso de una cuestión de "devolución de **alimentos**", que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto; que se dirige, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los **alimentos** y no lo hizo -al menos en la cuantía cubierta por el demandante- beneficiándose económicamente de ello. La obligación de **alimentos** viene establecida por el Código Civil entre ascendientes y descendientes (artículo 143) y se configura una regulación especial para los supuestos de ruptura matrimonial respecto de los **alimentos** de los hijos comunes.

Cuando se trata de una hija extramatrimonial -como ocurre en el caso- la obligación de **alimentos** incumbe de forma solidaria a los verdaderos progenitores, sin que la prestación alimenticia efectuada por quien se creía padre -sin serlo- precisamente por la ocultación de la esposa, que había concebido a la hija como consecuencia de una relación extramatrimonial, impida a éste reclamar de los verdaderos obligados el reintegro de lo satisfecho por error, pues en caso contrario se aprobaría el ilícito beneficio obtenido por la falta de cumplimiento de una obligación legal que fue satisfecha por otro.

TERCERO.- La situación descrita se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código Civil, que regula el cuasicontrato de "cobro de lo indebido" habiéndose producido un supuesto de «*indebitum ex causa*».

El artículo citado dispone que *«cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla»*. Por su parte, el artículo 1901 dispone que *«se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió....»*.

Así sucede en el presente caso en que el demandante, con voluntad viciada por error causado por la demandada, suscribe un convenio aceptando como medida propia del mismo la prestación alimenticia de 300 euros mensuales para las atenciones de quien creía su hija, sin serlo, y viene pagando las cantidades correspondientes hasta que conoce la verdadera situación en virtud de la cual ninguna obligación alimenticia tenía, ya que la misma correspondía a los verdaderos progenitores cuyo débito ha cubierto erróneamente con evidente utilidad para los mismos. No afecta a ello que el error se extendiera al propio juez que aprobó el convenio, en cuanto se entendió que satisfacía las necesidades de la menor. El hecho de que se dictara, también por error, una resolución judicial que confirmaba la existencia de la obligación por parte del hoy demandante no subsana el vicio del consentimiento en cuya virtud se aceptó el sometimiento a dicha obligación en beneficio de los deudores solidarios de **alimentos** que, como se ha dicho, eran únicamente los verdaderos progenitores.

Una solución como la adoptada por la presente sentencia no sólo impide el resarcimiento del daño frente a la madre sino también frente al verdadero padre, en el caso de que llegara a ser conocido.

CUARTO.- Consideraciones de fondo: el moderno Derecho de familia.

Una vez señalada, en los anteriores fundamentos de derecho, la procedencia en el presente caso de aplicación técnica del instituto del enriquecimiento injustificado procede, además, destacar una serie de consideraciones

de fondo acerca de la configuración del Derecho de familia que subyace en la referida sentencia y que resulta claramente incompatible con la moderna caracterización de esta importante rama del Derecho Civil.

En efecto, si bien se observa, (fundamento de derecho segundo, apartado 3.b) de la sentencia), la opinión mayoritaria de la Sala, a la hora de justificar la no aplicación del instituto del enriquecimiento injustificado al ámbito de la patria potestad y al propio hecho de la filiación, señala, de modo expreso, que su fundamento originario se constata "en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897". Referencias que, sin solución de continuidad o de detalle, vuelven a tomar cuerpo en el alegado final de la sentencia, (apartado 3.c de dicho fundamento), resaltándose el riesgo de trasladar dicha acción de enriquecimiento injustificado "al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resulten de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar".

Pues bien, como pronto se advierte, difícilmente la visión o caracterización del Derecho de familia que sirvió de realidad social a las viejas sentencias de esta Sala dictadas en relación a la cuestión aquí planteada pueden servir de apoyo, bien de origen, o bien de evolución, para valorar la incidencia que la moderna caracterización del Derecho de familia pueda tener en la cuestión planteada pues, sencillamente, les resultó totalmente extraña y ajena al contexto social, cultural y económico de aquella época.

Por el contrario, debe precisarse que el moderno Derecho de familia, referenciado en la Constitución española y las reformas realizadas, ha profundizado tanto en la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, como en la diferenciabilidad de sus respectivas responsabilidades de índole patrimonial; todo ello conforme al principio de igualdad jurídica que informa, "plenamente", a los cónyuges tanto para contraer matrimonio como para desarrollar las relaciones familiares, sin dispensa o pretexto alguno al respecto.

Esta razón de exigibilidad de la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, así como de la diferenciabilidad de su respectiva responsabilidad patrimonial, resulta predicable de cada uno de los institutos de Derecho de familia que la sentencia toma en consideración.

Así, y en síntesis, respecto de las propias relaciones de paternidad en donde la sentencia reconoce, expresamente, la "base principal" que tiene la verdad biológica en materia de filiación, cuya responsabilidad derivada asume cada cónyuge y no los hijos beneficiados por la relación de filiación, como ocurre en el presente caso, donde la reclamación económica no se dirige contra la hija, ni se cuestionan los beneficios obtenidos por ella en dicha relación.

Del mismo modo, respecto del derecho a los **alimentos**, que forma parte del contenido básico de la filiación y se encuentra ligado, necesariamente, con la condición de padre o madre (artículo 110 del Código Civil) que le sirve de fundamento. De forma, que aunque el derecho de **alimentos** quede integrado, a su vez, en la relación de patria potestad y su peculiar régimen legal, no es menos cierto que por ello pierda su carácter genuinamente patrimonial que se deriva de su propia naturaleza, sobre todo cuando su toma de razón no es otra que el carácter debido o indebido de su pago; cuestión claramente diferenciable de la función o finalidad asistencial que personalmente informe a la obligación de prestar **alimentos** respecto de hijos, auténticos beneficiarios de la misma, como se ha señalado.

En parecidos términos, respecto del alcance declarativo y, por tanto, ex tunc, que acompaña o caracteriza el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, que necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto. Impugnada con éxito la filiación matrimonial, la consecuencia innegable que se deriva es que el marido no tuvo nunca la condición de padre respecto del hijo. Alcance cuya retroacción de efectos, si bien permite cierta modulación, como señala la sentencia (180.3 del Código Civil) lo es en consideración, exclusivamente, de la posición jurídica del menor afectado, no respecto de la posición de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad, o en las consecuencias derivadas de su propia patria potestad respecto con su hijo.

En todo caso, si no bastara con las anteriores razones en pro de la debida exigencia de la responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de una obligación de **alimentos** que cobró, sin causa para ello, y con incumplimiento de su deber de patria potestad a prestarlos íntegramente, debe tenerse en consideración que su comportamiento, acreditado en el presente caso, constituyó una vulneración frontal y directa al principio general de la buena fe, tanto en su manifestación nuclear, como en sus respectivas aplicaciones (7.1 y 1258 del Código Civil). En efecto, convenció a su marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento e su hija. Comportamiento doloso, a todas luces, que debió reforzar la pretensión restitutoria que aquí se reclama pues, en caso contrario, se premia la impunidad de actuación y la ausencia de la responsabilidad tanto respecto

de ella, como del verdadero progenitor, al cual ya no se le podrá reclamar el pago de estos **alimentos** que el marido realizó, sin causa y de forma indebida.

QUINTO.- Estimado el recurso, no procedería especial declaración sobre costas causadas por el mismo, confirmando la sentencia dictada en primera instancia sin que tampoco proceda especial declaración sobre las costas causadas en ambas instancias (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) decretando la devolución del depósito constituido (Disposición Adicional 15ª.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En consecuencia, la parte dispositiva de la sentencia debía ser la siguiente:

Que debemos **declarar y declaramos:**

1.- Haber lugar al recurso de **casación** interpuesto por la representación procesal de **don Domingo** contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) dimanante de autos de procedimiento ordinario nº 514/2010 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Tarancón a instancia del hoy recurrente contra doña Natalia .

2.- Casamos la sentencia recurrida dejándola sin efecto y, en su lugar, **confirmamos** la dictada en primera instancia.

3.- No ha lugar a especial pronunciamiento sobre costas causadas en ambas instancias y en el presente recurso.

Dado en Madrid, a 24 de abril de 2015

Fdo. Antonio Salas Carceller .Fdo Francisco Javier Orduña Moreno .Firmado y
Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.