

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

***RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES DE
FAMILIA***

DAÑO MORAL POR FALTA DE RECONOCIMIENTO DEL HIJO

***TESIS PRESENTADA PARA CUMPLIR CON LOS REQUISITOS FINALES
PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO***

AUTOR: MARÍA SILVIA DUPANLOU

TUTOR: PROF. ADRIANA WARDE

JUAN GARCÍA

AGOSTO DE 2011

RESUMEN

El presente trabajo fue elaborado con el objeto de determinar jurídicamente que el no reconocimiento de un hijo o el reconocimiento extemporáneo del mismo implican un menoscabo a sus derechos.- A lo largo del mismo se observa como la filiación y el apellido -como atributos de la personalidad-, no pueden ser desconocidos por el ordenamiento jurídico.- Quien elude voluntariamente dichas obligaciones es responsable por el daño ocasionado a quien debía ser emplazado en el respectivo estado de familia y resulta perjudicado por la omisión del reconocimiento espontáneo.- La falta de reconocimiento de la filiación paterna causa un daño moral al hijo.- Se observa que en la conducta omisiva están presentes los presupuestos de la responsabilidad civil: imputabilidad -voluntaria y deliberada falta de reconocimiento-, dañosidad, causalidad adecuada y antijuricidad.- Presupuestos que tienen como base el principio “alterum non laedere” consagrado en el artículo 19 de la Constitución Argentina.- El dolor moral de ser negado por un padre; genera sentimientos de inferioridad, de desprotección espiritual, de inseguridad.- El derecho, en el ámbito de la responsabilidad civil, se ocupa de dar solución o enmendar ésta problemática, indicando el deber de reparar los daños causados al hijo no reconocido.- No permitir que el ámbito familiar ingrese a la zona de los daños y perjuicios, implica autorizar a cualquier conducta perjudicial a excluir o dar la espalda a la realidad cuando la familia debe ser el ámbito del amor y base de la solidaridad.-

ABSTRACT

In this paper we try to legally determine that non-recognition of a child or his belated recognition entail an impairment of their Rights. It was observed how identity and surname –as attributes of personality – can not be ignored by the legal system. Anyone who wilfully evades Couch obligations is liable for any damage caused to whom should be housed in the respective family state and is harmed by omisión of spontaneous recognition. The lack of recognition of paternal filiation causes moral damage to the child. It is noted that liability assumptions like accountability, voluntary and deliberate lack of recognition, damage, adedequate causation and unlawfulness are present in the negligente behaviour. These assumptions are based on the principle “alterum non laedere” covered in the Article 19 of the Argentine Constitution. The moral pain of not being recognized by a parent, generates feelings of inferiority, of spiritual vulnerability, insecurity. The law, in the sphere of civil liability, is responsible for solving or amending this problem, indicating the obligation to repair damages caused to the child who has not been recognized. Not to allow family to enter the area of damages, implies to authorize any detrimental conduct, to exclude or give back to reality when the family should be the sphere of love and the basis of solidarity.-

INDICE TEMÁTICO.-

CAPITULO I

- 1. Introducción 7
- 2. Justificación y relevancia de la temática elegida 8

CAPITULO II

- 1. Antecedentes 11
- 2. Antecedentes en el Código Civil Argentino 13

CAPITULO III

- 1. La Responsabilidad Civil 16
 - 1.a) El deber de no dañar en la Constitución Nacional 16
 - 1.b) El daño en el Código Civil 19
 - 1.c) Presupuestos de la responsabilidad 21
- 2. Daño. 22
 - 2.a) Concepto 22
 - 2.b) Daño Moral 23
 - 2.c) Fundamento y Naturaleza 25

CAPITULO IV

- 1. La responsabilidad civil en el derecho de familia 30
 - 1.a) El tema en nuestra Const. Nacional 31
 - 1.b) Derecho Comparado 33
 - 1.c) Doctrina y Jurisprudencia Nacional 34
- 2. ¿Qué derechos se vulneran ante la falta de reconocimiento de parte del progenitor? 37
 - 2.a) El derecho a la identidad. 37

El derecho a la identidad personal	39
Dimensión del derecho a la identidad personal	40
Protección Jurídica	40
2.b) El derecho a conocer a sus padres	42
2.c) Repercusiones. Familias monoparentales	43
2.d) Cuadro explicativo de las repercusiones a nivel Psicológico que sufre un niño	45
3. Inacción de la madre	50
3.a) ¿Existe obligación legal de la madre del hijo no reconocido de informar el nombre del padre e impulsar su reconocimiento forzoso?	56
3.b) ¿Qué responsabilidad le cabe a la madre?	60
3.c) Derecho comparado	61
4. ¿Cuándo nace la acción por responsabilidad contra el padre no reconociente?	61
5. ¿Existe obligación jurídica de reconocer a los hijos?	62
6. ¿Prescribe la acción de impugnación del reconocimiento de la filiación?	64

CAPITULO V

1. El daño causado por la omisión del reconocimiento del hijo extramatrimonial	67
2. El daño moral en la relaciones de familia	71
Aspecto Constitucional	71
2.a) Derecho comparado	73

3. El daño moral indemnizable	74
4. Quantum Indemnizatorio	76
CAPITULO VI	
1. Conclusión	80
LISTA DE REFERENCIAS	84

CAPITULO I

1. Introducción.-

Es sabido que durante mucho tiempo se negó la posibilidad de reclamar los daños emergentes de las relaciones de familia. El argumento se basaba en que este tipo de indemnizaciones atentaban contra la armonía del grupo familiar. Sin embargo en la actualidad, aplicando los principios generales que surgen de la responsabilidad civil, se ha avanzado hacia la reparación integral ante la falta de reconocimiento de un hijo extramatrimonial.-

La finalidad del presente trabajo es establecer jurídicamente si el no reconocimiento de un hijo o el reconocimiento extemporáneo del mismo implican un menoscabo a sus derechos y en conclusión, corresponde reparar.-

La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial constituye un hecho ilícito, y esto es así puesto que viola numerosas normas contenidas en los diferentes ordenamientos jurídicos que se encuentran vigentes en nuestro país. No sólo va en contra lo dispuesto en los artículos 1074, 1077, 1078, 1079, 1109 y cc. del Código Civil, sino que también atenta contra la primera parte del artículo 19 de La Constitución Nacional que dice que **"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"**. El acto de no reconocimiento del hijo extramatrimonial es una acción que perjudica a un tercero, en este caso

al niño.- La reforma de nuestra Constitución en el año 1994, elevó a rango constitucional los tratados sobre derechos humanos, entre ellos el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre Derechos del Niño, que en su artículo 7° establece: **"El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos".-**

2. Justificación y Relevancia de la Temática Elegida.-

La falta de reconocimiento voluntario de un hijo conlleva un sin número de situaciones tanto fácticas como espirituales para el hijo no reconocido por su padre y que son objeto de estudio de diferentes disciplinas como la psicología, la sociología, la medicina e incluso la nuestra, la jurídica.-

En la actualidad son innumerables los casos planteados de filiación extramatrimonial, sin embargo aun hoy se plantea muchas veces el interrogante de si corresponde indemnizar o no a ese niño, ante la falta de reconocimiento del padre, y mas aun, si es la madre la que se encuentra legitimada para realizar ese reclamo o solo le corresponde al menor.- Lo cierto es que el estado de familia es un innegable atributo de la personalidad y el no reconocimiento atenta contra ese atributo.-

Si bien en los pleitos filiatorios colisionan derechos fundamentales de las distintas partes implicadas, debe prevalecer el interés social y el orden

público que sub-yacen en las declaraciones de paternidad en que están en juego el derecho a la identidad y derechos alimentarios y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico.-

El artículo 1.109 del Cód. Civil reputa ilícito todo actuar que por culpa o negligencia ocasiona un daño a otro y ello está presente cuando ante la vehemente sospecha de haber engendrado un hijo, se elude la obligación de reconocerlo, resistiéndose a todo tipo de pruebas que conduzca a ello, configurando un daño en los términos del artículo 1068: *“Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o directamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”*.-

La filiación y el apellido como atributos de la personalidad no pueden ser desconocidos legalmente y quien elude voluntariamente dichas obligaciones es responsable por el daño ocasionado a quien debía ser emplazado en el respectivo estado de familia y resulta perjudicado por la omisión del reconocimiento espontáneo, porque jurídicamente se quiere la concordancia entre el vínculo biológico y jurídico.-

Así, el dolor moral sufrido socialmente es el de saberse negado por su padre; generando sentimientos de inferioridad, de desprotección espiritual, de inseguridad y que ha de experimentar quien no puede contar con la figura paterna, cierta, visible y responsable.-

Por lo tanto la falta de reconocimiento de la filiación paterna causa un daño moral al hijo, pues en dicha conducta están presentes los presupuestos de la responsabilidad civil, estos son, imputabilidad -voluntaria y deliberada falta de reconocimiento-, dañosidad, causalidad adecuada y antijuricidad.-

El derecho se ocupa de dar solución o enmendar ésta problemática, indicando el deber de reparar los daños causados al hijo no reconocido.- Así, se puede hablar en este contexto de la responsabilidad civil del progenitor por el daño causado al hijo ante la falta de su voluntario reconocimiento, o de su consecuencia: la obligación de resarcir las afecciones producidas al hijo. Resarcimiento que para el derecho se resume necesariamente en una indemnización materializada en dinero.-

No permitir que el ámbito familiar ingrese a la zona de los daños y perjuicios, implica autorizar a cualquier conducta perjudicial a excluir o dar la espalda a la realidad cuando la familia debe ser el ámbito del amor y base de la solidaridad.-

CAPITULO II

1. Antecedentes.-

El Dr. Guillermo Borda (1993) enseña que en Grecia y Roma, bajo la ley de las XII Tablas, el hijo nacido fuera del matrimonio no era considerado como miembro de la familia, careciendo de todo tipo de derecho, incluso el sucesorio.-

Este rigor comenzó atenuarse en Roma con motivo del edicto "Undé Cognati".- Así, poco a poco se fue delineando la distinción entre: 1)- hijos de concubinas; 2)- hijos de mujer de baja condición o vida deshonesta y 3)- los hijos nacidos de unión prohibida.- A los primeros se les reconoció el carácter de parientes del padre o madre; se permitió legitimarlos y se les reconoció vocación hereditaria. Con los restantes, se mantuvo el rigor primitivo.- Bajo Justiniano los hijos adulterinos estaban privados de todo derecho, incluso de reclamar alimentos (Novela, 12, cap. 1; 89, cap.15).-

El derecho germánico consideraba al hijo natural como un extraño, sin reconocerle en ningún caso derecho alguno.-

La Iglesia Católica contribuyó a disminuir esta severidad, reconociéndoles el derecho a alimentos que le asiste a cualquier hijo mas allá de su origen e insistiendo sobre los deberes morales inherentes a toda paternidad.- Sin embargo una sociedad fuertemente teocrática como la de la

Edad Media seguía mirando con repulsión a los hijos del pecado.- La Carta Municipal de Monnikendam prohibía a los bastardos ser testigos en justicia contra gente honesta (1288).-

En Francia les estaba prohibido casarse con personas que no fueran de su condición, salvo autorización del señor; no podían disponer de sus bienes por testamento y, al menos que tuvieran hijos legítimos, aquellos bienes pasaban al señor o al rey.- El decreto del 12 de Brumario del año II, establecía la igualdad entre hijos legítimos y naturales, dejando al margen de este beneficio a los adulterinos e incestuosos.- Sin embargo el Código Civil de 1804 volvió a los hijos concebidos fuera del matrimonio a una situación de completa desigualdad, aunque sin retornar a la severidad extrema del derecho antiguo.-

Es recién a fines del siglo XIX donde muchos países empiezan a establecer una equiparación plena y perfecta de todos los hijos, mas allá de su origen, como es el caso de La Constitución de Guatemala que declara ilegal y punible cualquier discriminación por motivos de filiación (Art. 21).- Por otro lado, otros países, sin equipararlos por completo, establecieron que los padres tienen igualdad de deberes para con los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio: Constitución de Uruguay (Art. 42); Costa Rica (Art. 53 de la Const. Nac.); Albania (Art. 17 de su Constitución Nacional).-

Llegamos así al Pacto de San José de Costa Rica que establece:

“la ley debe reconocer iguales derechos tanto para los hijos nacidos fuera

del matrimonio como los nacidos fuera de él” (Art. 17).- Dicho pacto fue ratificado por nuestro país por la ley 23.054.-

2. Antecedentes en el Código Civil Argentino.-

Vélez Sarsfield, recogiendo la tradición romano-hispánica, estableció las siguientes categorías de filiación:

- **Hijos Legítimos:** Nacidos de matrimonio válido o putativo, que tenían una situación de marcado privilegio.-
- **Hijos Naturales:** Eran los nacidos de padres que podían casarse en el momento de ser concebidos.- Los padres tenían respecto de ellos, los mismos deberes que respecto de los legítimos; a su vez, los hijos naturales gozaban de derechos hereditarios y concurrían a la sucesión de los padres con los hijos legítimos, siendo su porción de un cuarto de la de los hijos legítimos.- El Código también, autorizó la investigación de la paternidad natural (Art. 325).-
- **Hijos Adulterinos, Incestuosos y Sacrilegos:** Los primeros son los nacidos de padres casados con otra persona; los segundos, de padres que tienen un impedimento de parentesco para contraer matrimonio (hermanos ascendientes y descendientes); y los últimos eran los que procedían de padre clérigo de órdenes mayores o de

persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por La Iglesia Católica (Art. 340).- Aquí la ley tenía un rigor extremo, enfáticamente proclamaba que no tenían ni padre ni madre, ni por tanto, derecho a investigar la paternidad (Art. 342); el único derecho que se les reconocía era el de pedir alimentos hasta los 18 años de edad si hubieran sido reconocidos voluntariamente y siempre que estuviesen impedidos de proveer a sus necesidades (Art. 343).-

La Ley de Matrimonio Civil suprimió la categoría de hijos sacrílegos (Art. 112); la ley 13.252 permitió adoptar incluso los propios hijos ilegítimos, regularizándose la situación de los hijos naturales y aún los adúlteros e incestuosos.-

Con la sanción de la ley 14.367 (30/11/1954), se establecieron solo dos categorías de hijos, excluidos los adoptivos: los nacidos dentro y fuera del matrimonio.- En esta última categoría se incluían sin discriminación alguna en cuanto a derechos y calificación legal, a los naturales, adúlteros e incestuosos.- La ley comenzaba aclarando que se suprimían todas las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio (Art.1). Esto no significaba que estuvieran legalmente equiparados, sino mejoraba sustancialmente la situación de los nacidos fuera del matrimonio.-

La ley 23.264 marcó el final de ese proceso.- Los hijos tanto matrimoniales como los extramatrimoniales quedan en un pie de completa igualdad de derechos, incluso los hereditarios, adecuándose así nuestra legislación a lo acordado en el Pacto de San José de Costa Rica.- El artículo 241 prescribe que el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá únicamente certificados en forma que no resulte de ellos si la persona fue o no concebida durante el matrimonio o ha sido adoptada plenamente, disposición concebida para borrar todo escrúpulo acerca del carácter de la filiación.-

Los miembros de una familia, son personas, por lo tanto, sujetos protegidos por el ordenamiento jurídico.- La responsabilidad civil no puede estar limitada en alguna medida por el status familiar de uno de los integrantes del grupo familiar.- No hay prerrogativas que permitan que un miembro del grupo familiar cause un daño y se lo exima de responsabilidad en virtud del vínculo.-

En este marco, es pensable que un padre deba resarcir civilmente, ya sea por abandono, por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y también por los daños producidos por ante la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad.-

CAPITULO III

1. La Responsabilidad Civil.-

La visión histórica de la idea de responsabilidad civil nos remonta al origen del derecho, a las primeras manifestaciones de la actividad humana reguladas normativamente.-

1.a) El deber de no dañar en La Constitución Nacional.-

El artículo 19 de nuestra Constitución establece ***“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”***, consagrando así el principio ***“alterum non laedere”*** (No se debe dañar injustamente a otro).-

Al respecto el Dr. Ramón Pizarro (*Modernas Fronteras de la Responsabilidad Civil: El Derecho a la Reparación desde la Perspectiva Constitucional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba) escribe: “El derecho a la reparación del daño material o moral injustamente sufrido, ya había sido emplazado por la Corte Suprema, en numerosos fallos, como derecho constitucional con todo lo que eso significa”.-

“... En el siempre recordado precedente dictado en “Santa Coloma” (CS, 5/8/66, Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos, Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV- 625), la Corte dijo que **“la sentencia apelada lesiona el principio alterum non laedere que tiene raíz constitucional (Art.19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna”** (considerando 7º).- Y agregó seguidamente: **“Que (...) no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social”** (considerando 8º).- El mismo día, en “Gunther” (CS, 5/8/86, Gunther, Fernando v. Gobierno Nacional, Fallos 308: 1118 y JA, 1987-IV- 653) y también en “Luján” (4 Fallos, 308: 1109), La Corte Suprema de Justicia de La Nación, reconoció expresamente que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional, con sustento, también en el Art. 19 Constitución Nacional: “Los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el Art. 19 Constitución Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”.-

“La doctrina fue reiterada en los años siguientes, pudiendo mencionarse como buen ejemplo de ella, lo resuelto en “P., F.F., c/ Ferrocarriles Argentinos” (LL, 1995-E-17) y “Peón” (CS, 17/3/98, Peón Juan D. y otra c. Centro Médico del Sud S.A., LL del 9.8.200 p.8 y JA, 2000-IV-17), donde La Corte proclamó que el principio constitucional de que la reparación debe ser integral”.-

“En estos fallos, La Corte esgrimió el fundamento constitucional del principio *naeminem laedere* en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Art.19). Con ello otorgó a la locución **“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados”**, el valor de una descripción extensiva, que tiene un enorme valor descriptivo y explicativo”.-

A través del artículo 19, La Corte perfila y complementa racionalmente las bases del derecho a no ser dañado y a obtener una justa y plena reparación.- En estos fallos La Corte proclamó que el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido – que deriva del principio *alterum non Laedere*-, tiene, en nuestro sistema, raíz constitucional, sea que se lo considere como un derecho autónomo (Art. 33 C.N.), o emplazado en el Art. 19 C.N. (“Santa Coloma”, “Gunther” y “Luján”).-

1.b) El daño en el Código Civil.-

Principios rectores: Los principios son proposiciones básicas que sirven como premisas del sistema que permiten elaborarlo y dan el punto de arranque para poder construir un determinado sistema.-

Los principios que rigen la Responsabilidad Civil son:

1. **Relatividad de los derechos subjetivos:** Ningún derecho es ilimitado.- No lo fueron ni el dominio ni la patria potestad en Roma y el Código Civil Argentino siguió esos lineamientos.- Si no hubiera relatividad bastaría con que el legislador consagrara la facultad y le permitiera al individuo ejercitarla a su antojo.- Sin embargo el artículo 14 de nuestra Carta Magna es claro al establecer que los derechos allí consagrados deben ser ejercitados “conforme las leyes que reglamenten su ejercicio”.-
2. **Principio de Reserva:** “No hay deber ni transgresión sin norma que lo imponga”.- Surge del artículo 19 de la Constitución Nacional que establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, recogiendo el Código Civil en los artículos 53, 1066 (exige la transgresión normativa en sentido lato para que haya delito o cuasidelito) y 1074 (regula lo mismo para el caso de las omisiones ilícitas).-

3. Naeminem laedere: “No dañar a nadie”.- Norma implícita de los sistemas que incriminan el daño injusto y es consecuencia también de la relatividad de los derechos subjetivos.-
4. Se debe responder por actos propios no ajenos: Se responde por los actos propios no ajenos.- Esto aparece consagrado respecto tanto de los actos positivos como los negativos.-
5. Imputabilidad Subjetiva: No hay responsabilidad sin culpabilidad a la vez que no puede haber culpabilidad sin que el acto principie por ser voluntario en sentido jurídico, esto es, obrar con discernimiento, intención y libertad.-
6. Agravación del tratamiento en caso de Dolo: En este caso se agrava la responsabilidad en caso de dolo.- El derecho no puede tratar igualmente a quien comete un entuerto por descuido y a quien lo cometió con la conciencia del mal que quiere causar, o con un obrar deliberado que normalmente va a llevar a ese daño.-
7. Pacta sunt servanda, Rebus sic standibus: Vélez lo recogió del Código Civil Francés y rige en el artículo 1197: Las convenciones tienen fuerza obligatoria equivalente a la ley general.-
8. Buena Fe: La buena fe debe ser buena fe creencia y buena fe probidad.- La buena fe creencia hace referencia a la titularidad de un derecho.- La buena fe probidad, importa el comportamiento leal, honesto y es el presupuesto del reconocimiento de ciertas facultades o derechos subjetivos.-

1.c) Presupuestos de La Responsabilidad.-

La responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige cuatro presupuestos:

- **El incumplimiento objetivo o material.-** Consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato, sea a través de la violación al deber general de no dañar.-
- **Factor de atribución de responsabilidad.-** Es decir, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor.- Este factor de atribución puede ser subjetivo (culpabilidad) u objetivo.-
- **El daño.-** Consiste en la lesión de un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible.-
- **Relación de causalidad.-** Relación suficiente entre el hecho y el daño, es decir, que pueda predicarse del hecho que es causa (fuente) del daño.-

Sin la concurrencia de estos cuatro presupuestos no hay responsabilidad que de lugar a indemnización.-

2. Daño.-

2.a) Concepto.-

Nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena.- El concepto de daño puede ser comprendido con dos significados diferentes.- En un sentido amplio, hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo.- En sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos patrimoniales o extrapatrimoniales cuyo menoscabo genera una sanción patrimonial.-

Cuando hablamos de responsabilidad civil, circunscribimos esta noción al deber que tienen los hombres de dar cuenta de sus actos cuando ellos se traducen en un daño material, o sea susceptible de valor económico; ahora bien la noción de responsabilidad abarca un sector mas amplio en el ámbito de la moral y del derecho.-

El artículo 1067 del Código Civil dice: *“No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”*.- A continuación el artículo 1068 dispone que: *“habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”*.-

2. b) El daño Moral.-

Bustamante Alsina (1997) escribe que para algunos autores la distinción entre daño patrimonial y moral depende de la índole de los derechos atacados: si la lesión se dirige a los bienes que forman el patrimonio, el daño es material o patrimonial; si la lesión afecta la integridad corporal o la salud de las personas, el daño es moral y en ningún caso patrimonial, porque los bienes atacados son inmateriales.-

Sin embargo, la mayoría de la doctrina basa la distinción en los resultados o consecuencias de la acción antijurídica: si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, afectando su actual composición o sus posibilidades futuras, es daño material o patrimonial aunque el derecho atacado sea inmaterial; si, en cambio, no afecta al patrimonio pero lesiona los sentimientos de la víctima, existe daño moral y no patrimonial.- Esta es la concepción que interesa a los fines del resarcimiento.-

DEFINICIÓN: Se puede definir al daño moral como la lesión en los sentimientos y que provoca dolor, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria.-

Von Ihering (1893) decía que el que sufre un perjuicio debe serle reparado no solamente por las pérdidas pecuniarias sino también por las

restricciones a su bienestar, a sus conveniencias, por los disgustos, las agitaciones, del espíritu que le han sido causadas.- La persona, para Von Ihering, puede ser lesionada por lo que es (su cuerpo, su libertad, su honor) y también por lo que tiene en sus relaciones con el mundo exterior.-

Acuña Anzorena (1963), define al daño moral como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre, y que son la paz, la libertad, la tranquilidad, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos.-

Al respecto la jurisprudencia tiene dicho que el daño moral se caracteriza como una lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales, en los sentimientos que determinan dolor, inquietud espiritual o agravio a la paz (CNCiv, sala B, ED, 59-207; ED 55-190).-

En la doctrina extranjera prevalece ampliamente la tesis favorable al resarcimiento como también en la legislación comparada.- Por lo tanto, la incorporación del agravio moral en la reforma del Código Civil de 1968 - aceptado con anterioridad por la jurisprudencia-, obedeció a un sentimiento uniforme de proteger a la persona en lo que ella tiene, en lo más digno y superior: su patrimonio moral (Acuña Anzorena, 1963).-

2.c) Fundamento y Naturaleza.-

El tema relativo al fundamento y naturaleza de la reparación del daño moral ha dado lugar a un debate doctrinario que tiene proyecciones en la interpretación de las normas legales, no para desechar tal reparación que expresamente consagra la ley, sino para determinar sus alcances.-

1)- Teoría del Resarcimiento: La mayor parte de la doctrina afirma que la reparación del daño moral no difiere de la reparación del daño material, que tanto el primero como el segundo no son sino especies de daño y por consiguiente, la reparación en ambos casos cumple una función resarcitoria, ya que no siempre reparar un daño es rehacer lo que se ha destruido, lo cual es casi imposible.- Reparar un daño es también darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido. El dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función que en los daños materiales.- En los materiales cumple una función de equivalencia entre el daño y la reparación; en los morales, en cambio, la función no de equivalencia sino de compensación o satisfacción a quien ha sido injustamente herido en sus sentimientos o afecciones.-

El carácter resarcitorio de la reparación del daño moral parece ser el que mejor se adecua al régimen legal después de la reforma del año 1968.- Además se puede señalar, que la ley habla de la “obligación de resarcir” y de la “reparación” del agravio moral, así como de la “indemnización del daño moral”

(Arts. 577 y 1078 del C.C.), por lo que ninguna de estas expresiones tiene algo que ver con el concepto de “pena” o “sanción”.-

Mosset Iturraspe (1978) enseña que la idea de pena no se compadece tampoco con toda la estructura de la responsabilidad civil, que es reparadora ya que es más propia del campo penal.-

En síntesis, puede afirmarse que las notas esenciales del sistema de reparación del daño moral establecido por reforma del Código Civil enseñan que la reparación del daño moral no tiene el menor carácter punitivo.-

2)- Teoría de la Sanción Ejemplar o Represiva: Otra parte de la doctrina como Demogue (1923), LLambías (1967), rechazan categóricamente la tesis del resarcimiento y se pronuncian por el de la sanción ejemplar. Según el propio LLambías la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión, sino por el lado del ofensor. No constituye un resarcimiento sino una pena civil mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor. – Es así que este autor llama a la ofensa “agravio moral” cometido dolosamente, o sea con intención de dañar, y sería así una especie del denominado daño moral que sufre la víctima, el cual no da lugar a reparación. En cambio, el agravio, desde el punto de vista del ofensor, merece una pena civil ejemplar o represiva. LLambías expresa que el daño moral es insusceptible de apreciación pecuniaria y no habría equivalencia posible en dinero.- Sostiene que poner precio al dolor o a los sentimientos íntimos constituye una inmoralidad, una degradación los valores que se quiere

salvaguardar y, también, porque resultaría siempre arbitraria la estimación en dinero de ese resarcimiento, pues no puede saberse cuánto vale un dolor, un padecimiento, en los distintos supuestos.

Si embargo, hoy la opinión general afirma que la reparación del agravio moral posee carácter resarcitorio, y persigue así, la reparación de padecimientos anímicos y espirituales sufridos por la víctima en ocasión de un determinado padecimiento.- El resarcimiento del agravio moral, pertenece a la categoría donde la indemnización desempeña una función de satisfacción, actuando como un equivalente o sucedáneo de la imposibilidad de compensar a la víctima el daño sufrido (Lafaille, 1927).-

Quien padece un dolor merece un consuelo, y por ello el resarcimiento no repone el statu quo ante, por que no puede tener una función de equivalencia dada la naturaleza de las cosas; tiene, la finalidad de compensar el padecimiento con goces que no necesariamente han de ser materiales.- El dinero con el que se cumple el deber resarcitorio no es bueno ni mal en sí mismo, sino que es un instrumento cuyo valor positivo o negativo depende del uso que se haga de él. Por ello, el dinero es el único medio idóneo de dar a la víctima, aquellas satisfacciones que, si no harán desaparecer los sufrimientos padecidos, por lo menos han de paliar sus efectos (Bustamante Alsina, 1997)

No se puede dejar a la víctima del daño sin remedio. Se le debe conceder un equivalente al perjuicio sufrido y para ello la única manera que tiene el órgano judicial es el de una suma en dinero, la cual no hace

desaparecer el perjuicio sino que permite en su condición de denominador común de los valores, indemnizar los daños sufridos (Acuña Anzorena, 1963).-

La indemnización en tanto sea posible, puede compensar al perjudicado por el menoscabo sufrido en su vida, en sus sentimientos, en su paz, y ello importa concederle al mismo tiempo una satisfacción consecuente al perjuicio sufrido y al acto realizado.-

Por tal motivo se ha dicho que la indemnización del daño moral es una satisfacción de reemplazo.- La esencia del daño moral se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima.- La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquellas se manifiesten en los sentimientos de ésta última.- Así los jueces indemnizan a la víctima del ataque sufrido en sus sentimientos como modo de compensar sus padecimientos.- De lo contrario se estarían violando principios tanto de la ley civil como también del orden constitucional.-

En la actualidad, con el aporte realizado por destacados juristas como el Dr. Guillermo Borda, LLambías, Méndez Costa, por mencionar algunos y, de la jurisprudencia extensiva, se puede llegar a la conclusión de que el daño moral tiene autonomía ya que se aplica tanto a los hechos ilícitos como en el derecho de familia.- Se lo debe considerar como una sanción-reparación, desempeñando la doble función.- El monto se debe fijar teniendo

en cuenta tanto el daño ocasionado a la víctima por el ofensor como sus circunstancias.-

Prueba: Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, ya que es el juez el que deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto.- El daño moral no puede ser objeto de prueba directa pues resulta absolutamente imposible, dado que la índole del mismo reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces con signos exteriores que no pueden ser su auténtica expresión. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción.-

CAPITULO IV

1. La Responsabilidad Civil en el Derecho de

Familia.-

Como bien lo afirma Roberto H. Brebbia (1991), las características de la responsabilidad civil en el derecho de familia son las siguientes:

❖ La responsabilidad civil de orden familiar se ubica dentro del dominio de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en razón de que proviene de la violación de un deber legal y no del incumplimiento de un contrato. Esta aseveración se mantiene para los daños derivados de la nulidad o disolución del matrimonio, por cuanto este instituto, como así también el de la sociedad conyugal, no son contratos en el sentido técnico jurídico conforme lo preceptuado por los arts. 1137 y 1169 del Código Civil.-

❖ En el derecho de la responsabilidad civil familiar predomina en forma absoluta el principio de la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil, quedando excluida la responsabilidad por riesgo. Esta preeminencia del factor subjetivo se explica en razón de que dentro del derecho de familia la norma exige una reprochabilidad real y no inferida, en la conducta del agente del daño, para determinar su responsabilidad civil y penal.-

❖ La vulneración de los derechos y deberes de orden familiar es susceptible de originar daños patrimoniales y morales, según la naturaleza del derecho avasallado. Las relaciones familiares personales, según ya se ha visto, son de un rango superior a las patrimoniales, pues en aquéllas se encuentra en juego de manera directa el interés familiar y social, que predomina sobre el interés individual. El no reconocimiento espontáneo de un hijo puede llegar a instar el sistema de la responsabilidad civil que requiere ilicitud, daño, nexo causal y factor de atribución, según los arts, 254, 903, 904, 1074 y 1078 del Código Civil.

1.a) El tema en nuestra Constitución Nacional.-

La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a varios tratados, ubicando a todos ellos en la cúspide del orden normativo argentino. Al regularse las atribuciones del Congreso, expresa en el Art. 75, 1er. párrafo del inciso 22. expresa: *"los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes"*, enumerando seguidamente once instrumentos internacionales sobre derechos humanos.- El mismo artículo mas abajo enuncia: *"en las condiciones de su vigencia"*, poseen *"jerarquía constitucional"*, los que, deben entenderse *"complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"*.- Quedando así determinado, que el derecho internacional sobre los derechos humanos tiene interacción con el derecho interno, es decir que, los derechos y garantías reconocidos tanto en las Declaraciones como en

los Tratados Internacionales sobre la materia pueden ser reclamados directamente ante la jurisdicción interna.-

Entre los tratados mencionados se encuentra **La Convención de los derechos del niño** (ONU, 1989), que provocó una modificación trascendente en nuestro derecho interno, y cuya incorporación no ha tenido otra finalidad que la de hacer de toda niña o niño, un sujeto de preferente tutela constitucional.-

La citada Convención en el artículo 7 establece que **“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”**.-

Ante esta norma, existe responsabilidad del padre que no reconoce a su hijo o hija en el momento de su nacimiento. Pero también se le debe exigir a la madre de una persona no reconocida por su padre, que al momento de inscribir el nacimiento, inste la acción de filiación, en su condición de representante necesaria del niño o niña.-

El no reconocimiento de un hijo implica una clara violación al principio “alterum non laedere”, consagrado en el Art. 19 de Nuestra Ley Suprema, la Constitución Nacional, y que quiere decir que **“No se debe dañar injustamente a otro”**.-

Es así que la reparación integral del daño injusto tiene jerarquía constitucional.- La concepción moderna del derecho de daños dice que la reparación debe ser integral, haciendo hincapié en el daño injusto, y enfatiza en el hecho de que no existe el deber de no causar un daño, sino de no causar un daño injusto.- Al respecto La Corte, reconoció, que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional con sustento en el artículo 19 de La Constitución Nacional, como así también proclamo el principio constitucional de la reparación integral.-

Hay que destacar que aún con anterioridad a la reforma de 1994 el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen gozaba de reconocimiento como un derecho constitucional no enumerado (Art. 33 C.N.).- Con la incorporación en el artículo 75 inciso 22 -conjuntamente con otros Tratados de Derechos Humanos-, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a la identidad, es un derecho de raigambre constitucional expresamente reconocido.-

1.b) Derecho Comparado.-

La temática a la luz del derecho comparado ha pasado por diferentes etapas.- En un primer momento la jurisprudencia norteamericana rechazo todo tipo de pretensiones resarcitorias en los vínculos filiatorios.- Dictaminaba que no correspondía indemnización por los perjuicios producidos entre los padres e hijos menores de edad.-

¿El fundamento?: “No perturbar la armonía familiar”.- Criterio que se utilizó para fallar en diversos casos como “Schneider vs. Schneider” (160 Md, 18,152 Atl. 498. Año 1930).-

Sin embargo este esquema tan rígido fue cambiando sobre todo a partir de la década del 50 y sobre todo en Italia y Alemania en donde la idea de indemnización se iba abriendo paso en lo relativo a la responsabilidad por procreación.- Así los tribunales de Piacenza (Italia, 1950), acogieron una acción resarcitoria a favor de una hija nacida con sífilis congénita, respecto de su padre, por la enfermedad que le transmitió en el acto procreacional con la madre de la actora.- Este criterio fue seguido por la legislación británica e incluso la irlandesa.-

1.c) Doctrina y Jurisprudencia Nacional.-

En nuestro país el derecho de familia permaneció ajeno durante mucho tiempo ajeno a la reparación del daño causado en su órbita.- El fundamento de la irresponsabilidad, se sustentaba en que esas reparaciones atentaban contra la armonía propia de dicho ámbito, el familiar y sobre todo el filiatorio.- Sin embargo, los distintos movimientos culturales fueron jerarquizando a “la persona” sobre “el pariente”.-

Al respecto nuestros autores han sostenido que no es justo no conceder a los miembros de la familia, “el derecho a dañar sin responsabilidad” ya que el principio “neminem laedere” esta mas cerca de las relaciones familiares que de cualquier otra naturaleza.-

Dentro de la jurisprudencia se destaca el decisorio del año 1988, de los tribunales de San isidro, considerado un “leading case”, en el cual, habiéndose acreditado la filiación extramatrimonial del padre, negada por éste, se lo condenó a reparar el daño moral.-

Rébora (1924) sostenía que donde mas se verificaba el daño moral era en la vida familiar, ya que es ante todo afectividad y deber.-

Mosset Iturraspe (1983) enseña que el daño ocasionado por un familiar a otro, constituye una circunstancia agravante, en la medida que es mayor el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas conforme lo establece el Art. 902 de nuestro Código Civil.-

López del Carril (1987), afirma que la falta de reconocimiento del hijo, debe tener la condigna sanción de reparación del daño material y moral.- La indemnización del daño implica, por regla general, no una desaparición del mismo sino un desplazamiento a otro patrimonio, autorizado por una norma contractual o extracontractual, ya que no es posible que exista indemnización sin una base jurídica legitimadora.- Se trata de que el daño provocado en el hijo sea compensado por el responsable (su progenitor) a través de una

indemnización por equivalencia.- Además, son los principios en los que se basa la responsabilidad civil los que establecen una autentica reparación de los perjuicios que el progenitor le infiere al hijo mediante su conducta claudicante, por lo tanto, son de perfecta aplicación los artículos 1077, 1078 y 1109, que expresamente establecen: “Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por el resultare a otra persona” (Art. 1077), “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio... “(Art. 1109).-

Jorge Bustamante Alsina (1993) enseña que la responsabilidad civil o la obligación de resarcir **es el deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado.-**

Así, el deber de resarcir el daño producido al hijo y que pesa sobre el progenitor que se niega a reconocer la filiación extramatrimonial, se funda en el deber general de no dañar -contenido en el artículo 1109 de nuestro Código Civil-, por ello la falta de reconocimiento debe reparar la totalidad de los daños materiales y morales producto de una actitud omisiva del progenitor y que se configura en la falta de reconocimiento.-

2. ¿QUE DERECHOS SE VULNERAN ANTE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE PARTE DEL PROGENITOR?

A) EL DERECHO A LA IDENTIDAD.-

La identidad es lo que hace que algo sea lo que es y no otra cosa, palabra que etimológicamente proviene del latín “ídem”: el mismo o lo mismo.-

Desde el punto de vista, de la psicología, cuando se hace referencia a la identidad del “YO” se menciona la diversidad de los estados de conciencia que se suceden en el curso de la existencia. La identidad se construye todos los días. Se relaciona con todos y cada uno de los episodios vividos por una persona a lo largo de su existencia. Por ello, el concepto pedagógico la refiere a las modificaciones que un sujeto experimenta a lo largo de su vida, en tanto que el psicológico, hace mención a una secuela de estados de conciencia que se suceden en la vida. Se integra con el pasado, el presente e incluso hasta con las expectativas futuras.-

Desde el punto de vista jurídico, el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características psicosomáticas, espirituales y sociales que permiten individualizar a la persona en sociedad y; comprende una faz estática que se refiere a la identidad biológica, registral y otra dinámica relacionada con la idiosincrasia, desarrollo y evolución de la personalidad; es decir que la identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea

“uno mismo” y no “otro”, para expresarlo con los vocablos utilizados en fallos judiciales.-

El derecho a la identidad conlleva como inherente a toda persona, la posibilidad de conocer su génesis, procedencia u origen. No es un tema nuevo en el derecho, aunque debe reconocerse que ha adquirido gravitación y relevancia en el orden legislativo, en los últimos años.-

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada por las Naciones Unidas en 1948 alude al derecho a la identidad cuando hace referencia al derecho de la persona a una nacionalidad y a gozar de una educación orientada hacia la comprensión entre los distintos grupos étnicos y religiosos.-

Así, los derechos de la personalidad, o derechos personalísimos son prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, de las que no puede ser privado por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad.-

Estos derechos esenciales tienen por fundamento la libertad, la independencia, el autodesarrollo y realización del ser humano, independientemente de su capacidad para ser titular de derechos subjetivos reconocidos por el orden jurídico positivo, o contraer obligaciones.-

El derecho a la identidad personal.-

Dentro de los llamados derechos de tercera generación, Fernández Sessarego (1992) enseña que viene cobrando vigencia lo que se ha denominado derecho a la identidad personal, es decir, el que tiene todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos.-

Una de las facetas más relevantes de este derecho es el derecho de todo niño a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.- La Convención de los Derechos del Niño contiene una serie de principios básicos, entre los cuales se encuentra el de no discriminación: **“Art. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”**, que en este ámbito tiende especialmente a eliminar la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.-

Dimensión del derecho a la identidad personal

Conocer cual es su específica verdad personal es, sin duda, un requisito para la dignidad de la persona, para su autodeterminación, ya que está íntimamente vinculada a la libertad. El llamado aspecto dinámico del derecho a la identidad se funda en que el ser humano, en tanto unidad, es complejo y contiene una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto. El conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los otros.-

Protección jurídica del derecho a la identidad personal

De acuerdo a lo que expresa Fernández Sessarego (1992), así como se reconoce que toda agresión a los derechos personalísimos, aunque estos sean de contenido extrapatrimonial, genera derecho al resarcimiento, y consecuentemente, merecen tutela preventiva, no es imaginable dejar indefensa a la persona frente a una agresión de la magnitud que adquiere aquella que niega o desnaturaliza su verdad histórica.-

En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser

humano.- La identidad personal es un atributo de la personalidad, como la libertad o la vida (Fernández Sessarego, 1992).-

La Jurisprudencia ha sostenido que *“El reconocimiento del hijo es un acto jurídico familiar voluntario y unilateral. Esto implica que el acto en si, destinado a emplazar al hijo, depende de la iniciativa del progenitor que reconoce y no del consentimiento o aceptación del hijo; pero no implica que el ordenamiento niegue el derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor; tan es así, que ante la falta del acto jurídico del reconocimiento, el hijo cuenta con acción para obtener el emplazamiento en el estado de familia que le corresponde”*.-

“De manera que estamos ante un interés subjetivo, jurídicamente tutelado, cuya violación representa, entonces, una actitud ilícita; es decir, resulta indudable el derecho que desde su nacimiento tiene el hijo a ser reconocido por su padre, para, de este modo obtener emplazamiento en el estado de familia que le corresponde, y consecuencia de ello es que se hallan tutelados los derechos extrapatrimoniales del menor vinculados a su emplazamiento en el estado de hijo; por lo tanto, la violación de estos derechos permite accionar por resarcimiento del daño moral sufrido” (Bossert, G. LL,1990-A pg.1/7).-

B) EI DERECHO A CONOCER A SUS PADRES.-

Como una faceta del derecho de todo ser humano a conocer su propia historia, destacamos el derecho a saber quienes fueron sus padres.- Además del actual reconocimiento de Nuestra Constitución Nacional, La Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Art.11), consagra el derecho de *“todas las personas en la Provincia, a conocer la identidad de origen”*. También en su artículo 12 garantiza *“el derecho a la identidad de las personas; asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros, aclarando que en ningún caso la in documentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Y especialmente dispone que debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada la identidad”*. A tal fin, *“asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmuno genéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información”*.-

Así, **el hijo tiene derecho** a obtener su emplazamiento respecto del padre que no lo ha reconocido espontáneamente conforme lo expresamente establecido por el Art. 265. C.C.: ***“Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y el cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme su condición y fortuna, no solo con los bienes de los hijos sino con los suyos propios”***.- Por lo tanto, **el padre tiene el deber jurídico** de reconocer al hijo.-

El estado y emplazamiento de hijo confiere derechos trascendentales, tales como los alimentarios (Art. 265 del C.C.), el uso del nombre y el de actuación en sociedad como hijo (Art. 48, Pacto de San José de Costa Rica).-

2.c) Repercusiones a nivel psicológico de las situaciones de monoparentalidad

Las familias Monoparentales.-

Desde la antigüedad el pilar fundamental de toda sociedad, es la familia, la cual, más allá de una definición específica, no ha estado exenta de transformaciones sociales, culturales, y procesos socio-históricos en los cuales se ha visto inserta en los distintos escenarios de la humanidad.-

La familia ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, de un régimen netamente patriarcal, con los años, ha cambiado tanto la cantidad de hijos como los patrones de interacción en el interior de la misma, y es así, que en la actualidad se encuentran familias con una conformación que en tiempos pasados, podría haber sido considerada anormal.-

Hoy encontramos nuevas forma de constitución familiar, las "familias monoparentales", definidas como: "*aquellas compuestas por un solo miembro de la pareja progenitora y en las que de forma prolongada, se produce*

una pérdida del contacto afectivo y lúdico de los hijos no emancipados, con uno de los padres" (Buitrago & Vergeles, s/f).-

Dentro de las familias monoparentales, la que más se destaca es aquella cuya característica general, es la ausencia del padre, ausencia que puede ser considerada a la hora de entender el desarrollo de los hijos, como un elemento que dificulta la normalidad del desarrollo, pues aunque "la primera y fundamental relación de la vida, es la relación con la madre" (Klein, 1959) y "existe un apego primario por parte del niño en relación con su madre, la cual se adapta a los ritmos naturales del bebé" (Bowlby, 1980).-

La figura paterna es fundamental en la constitución del aparato psíquico, y si bien, Lacan afirma que éste podría constituirse más allá de la ausencia del padre, mediante el discurso materno, lo cierto es que la figura paterna, tiene una importancia considerable en la dinámica familiar y en el desarrollo del menor. -

Así, la ausencia paterna repercute en diversos aspectos del desarrollo del niño.- Diversos trabajos, señalan que los niños nacidos "ilegítimos" tienen menor adaptación y rendimiento escolar que los nacidos en el seno de familias convencionales. Las niñas de familias monoparentales con padres ausentes asisten menos regularmente al colegio y los chicos de 11 años presentan con mayor frecuencia enuresis nocturna (Roberts, 1995).-

2.d) Cuadro explicativo de las repercusiones a nivel

psicológico que sufre un niño.-

	<ul style="list-style-type: none"> - Trastornos del comportamiento - Regresión y estancamiento en hábitos adquiridos - Estancamiento en las adquisiciones cognitivas - Síntomas de expresión corporal (somato funcionales)
3-5 años de edad	<ul style="list-style-type: none"> - Ansiedad e inestabilidad - Temores fóbicos - Fantasías de abandono y muerte de los progenitores - Manifestaciones de auto punición y culpabilidad - Inadaptación escolar - Tristeza
A partir de los 6 años de edad	<ul style="list-style-type: none"> - Sentimientos depresivos - Sentimientos de abandono y carencia afectiva - Manifestaciones de agresividad e ira - Dificultades en el rendimiento escolar

	<ul style="list-style-type: none"> - Dificultades en sus relaciones sociales - Comportamiento híper maduro. Ausencia de quejas - Responsabilidad y brillantez en el ámbito escolar
Periodo de la pubertad y adolescencia	<ul style="list-style-type: none"> - Sentimientos de inseguridad, depresión y malestar narcisista - Quejas somáticas múltiples - Trastornos del comportamiento - Actitudes de pasividad y desinterés - Tendencia al autosabotaje y al fracaso - Conductas delictivas - Consumo de tóxicos - Tendencias auto y heteroagresivas
A largo plazo: En la juventud y periodo adulto	<ul style="list-style-type: none"> - Mayores sentimientos de inseguridad - Ansiedad en las relaciones interpersonales - Miedo al fracaso en las relaciones de pareja - Intensa lucha interna por no repetir las situaciones familiares de su infancia - Frecuentes conductas impulsivas en las relaciones de pareja - Mayor tendencia a repetir algunas

	situaciones como el divorcio
--	------------------------------

La pertenencia a una familia con la presencia de ambos padres hace que un niño se desarrolle dentro de un ámbito de hábitos, comportamientos y conductas “normales” (según los paradigmas tradicionales).-

Ante esto y desde el punto de vista legal, el daño moral ocasionado por la falta de reconocimiento paterno constituye un hecho notorio, ya que el hijo de madre soltera conlleva un tono de minusvalía social acrecentado por el dolor de saberse negado por su padre, provocando por consiguiente un sentimiento de inferioridad, de desprotección espiritual e inseguridad y, que experimenta quien no puede contar con una figura paterna cierta, visible y responsable.-

El estado de familia resulta indispensable, ya que deja de pertenecer a la esfera privada del contexto familiar y trasciende al ámbito social, donde la misma sociedad es la que se encuentra interesada en asegurar el derecho del niño a obtener su emplazamiento filiar.-

En conclusión, todo niño tiene derecho a conocer a su verdadero padre y a su madre, a conocer sus raíces, es por ello que la filiación debe ser transparente y claramente establecida.-

Algo tan importante como lo es el derecho a la identidad, no se puede dejar al arbitrio de la voluntad de una persona. Esto es así, porque el pasado resulta fundamental en la vida sobre bases verdaderas y firmes.-

La Doctrina y Jurisprudencia argentina establecen que el derecho a la identidad refiere al derecho que cada cual tiene de conocer su propio linaje. En este sentido, el Sr. Ministro de la Corte Suprema, Dr. Petracchi, destacó la existencia de **“un derecho de toda persona a conocer su propia génesis, su procedencia, en lo cual esta comprometida la identidad personal”** (La Ley, 1991-D-470).-

El hecho de negar el estado de hijo produce un impacto en los menores que lo afectan profundamente. **“Nadie puede negar que en lo general, ha de recibirse un impacto al saberse que no ha sido reconocido por el padre que lo ha engendrado privándosele de una pertenencia que es reclamada (según lo aseguran estudiosos de la personalidad) agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica. Con lo que es indudable que tal situación configura un daño en los términos de los Art. 1067, 1068 y 1078 y cc. Del C. C”.** (Civil y Com. San Nicolás, 22-12-1994. S. T. J. N. c/ A. H. J. s/Filiación e indemnización de daño moral, DJBA 149, 163-LLBA 1995,1274).-

La falta de la figura paterna ocasiona un daño que se refleja en un sentimiento de desamparo que deja una marca indeleble, ya que su ausencia

no puede ser reemplazada, porque las funciones de mamá y papá guardan una clara autonomía que las torna excluyentes, **“Aunque el eventual trauma o conflicto no se refleja, la sola ausencia del rol paterno con todo lo que ello implica (falta de guía, apoyo, afecto, etc.) alcanza para tener por ocurrido el daño. Indudablemente los efectos dañosos son mas serios y perturbadores en la niñez y la adolescencia y, mas allá de casos concretos que merezcan una prueba específica respecto de su incidencia, surgen “res ipsa loquitur”.** (C. Civil y Com. 1º, Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, A., S. G. c/ R., F. J. s/ Reconocimiento de filiación, Daños y Perjuicios).-

Se puede inferir que la actitud omisiva causa un agravio que deja una marca muy profunda en la vida de la persona no reconocida, marca que perdura en el tiempo.-

La negación de un padre causa un dolor y un menoscabo en los sentimientos de cualquier hijo. La misma jurisprudencia nos dice que: **“Las funciones paterna y materna, si bien se complementan entre si, entendemos que guardan una clara autonomía que las tornan excluyentes en cuanto al encargado de cumplir una y otra. De modo tal, creemos que la ausencia de una de ellas (la paterna en este caso) deja una marca indeleble, aun desde los primeros días de vida, ocasionando casi con seguridad un trauma, tal vez no superable en el tiempo, aun con un posterior reconocimiento.”** (Civil y com. 1º, Mar del Plata, Sala 1, 13-10-1996, A. S. G. c/ R., F. J. s/ Reconocimiento de Filiación Daños y Perjuicios).-

3. INACCIÓN DE LA MADRE.-

Este trabajo no puede considerarse debidamente analizado si no nos referimos a la situación de la madre que oculta el nombre del padre y/o no interpone, en nombre de su hijo, la acción de filiación extramatrimonial.-

El menor tiene un derecho subjetivo de emplazamiento filial frente a su padre o madre no reconocientes. También lo tiene frente a la madre que no suministra el nombre del padre y/o no acciona en representación de su hijo.-

Si no reconocemos la existencia de este derecho subjetivo, el derecho constitucional a la propia identidad puede tornarse ilusorio.- El ocultamiento del nombre del padre perjudica en igual forma al hijo mayor o menor de edad. Es en este último supuesto donde el deber jurídico de la progenitora se nos muestra con toda claridad, ya que de acuerdo a nuestra legislación sólo ella y/o el representante legal del niño pueden interponer la acción de filiación en su nombre; el Ministerio Público solamente puede accionar si cuenta con el consentimiento de la progenitora, (Art. 255 Cód. Civ.).-

Este deber jurídico tiene su fuente en el plexo de los derechos constitucionales ya enunciados y en los artículos 1066 y siguientes del Código Civil. No existe norma alguna que autorice a la progenitora a ocultar el nombre del presunto padre. La maternidad se acredita, de acuerdo a los términos del artículo 242 del Código Civil, por la prueba del nacimiento y el certificado

médico. Esta norma evidencia el propósito de la ley de proteger el derecho a la identidad del recién nacido. –

La prohibición establecida en el artículo 250 de declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, significa que no se podrá tomar razón en el Registro Civil de las manifestaciones que haga uno de los progenitores respecto al otro. Lo que no significa que se le esté otorgando a la madre el derecho de disponer sobre los datos que hacen a la esencia del estado filial de su hijo.-

Dentro de este tema es necesario analizar en particular el artículo 255 del Código Civil, una de las innovaciones más importantes que introdujo la ley 23264 en nuestro derecho positivo.- En el Congreso Nacional esta norma fue objeto de arduo debate sobre la legitimación del Ministerio Público para accionar en búsqueda de la filiación. Una fórmula de transición finalmente aceptó la incorporación del consentimiento de la madre para ello.-

La madre, frente al no reconocimiento espontáneo de la filiación puede saber quién es el padre, tener dudas, o no conocer su identidad.-

La ley otorga al hijo el derecho de reclamar su filiación extramatrimonial contra quien considere su padre o madre, acción imprescriptible y personalísima. A los fines del ejercicio de este derecho subjetivo del emplazamiento filial el menor depende totalmente de la madre, para que diga quién es el presunto padre, para que interponga la acción de

reclamación de filiación en representación de su hijo, o, cuanto menos, preste el consentimiento para que lo haga el Ministerio Público.-

Suministrar el nombre del padre e interponer la acción constituyen verdaderos deberes jurídicos. No son facultativos, ni son derechos propios. El derecho al emplazamiento supone el derecho a la identidad y, en consecuencia, a todos los derechos subjetivos familiares que de él se derivan. Se trata de derechos de rango constitucional, indisponibles.-

Como bien dijo la Dra. Grosman (1993), el principio de igualdad en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera del matrimonio, sólo puede ser asegurado si se facilita la determinación de la filiación extramatrimonial. Los obstáculos en esta materia constituyen la forma más grave de discriminación pues con ello se priva al niño de su condición legal.-

El ideal ético y jurídico, es alcanzar la plena concordancia entre el vínculo biológico y jurídico. Es considerar al menor como sujeto de derecho, y al mismo tiempo admitir que un tercero por más que sea su madre pueda a través de sus omisiones negar el derecho a reclamar la filiación, y por ende el derecho al emplazamiento.-

Al respecto la doctrina y la jurisprudencia distinguen dos corrientes. Una, que pone el acento en el derecho a la intimidad de la madre (Art. 19, Const. Nac.). Otra, que jerarquiza el derecho a la identidad del niño.-

En las "Segundas Jornadas Interdisciplinarias de Familia y Minoridad", Colegio de Abogados de Morón (1991), y en las "Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Procesal y Comercial de la Provincia de Buenos Aires" (Octubre, 1986), se recomendó el despacho unánime que requería la obligatoriedad de la comparecencia de la madre a la citación del Ministerio Público a los fines del artículo 255 del Código Civil.-

Respecto a la posibilidad o no de la continuación de la acción a pesar del desistimiento de la madre, se sostiene que "La conformidad de la madre sólo es necesaria para que el Ministerio Público de Menores promueva la acción judicial; y el desistimiento posterior de la acción por la madre no la paraliza, puede ser continuada por el Ministerio Público de Menores".-

Determinados derechos no son disponibles ni aun para el propio interesado, por ejemplo el derecho a la vida, a la integridad física, al estado de familia. Los derechos subjetivos familiares de un menor no deben ser considerados patrimonio de sus progenitores y ejercerlos integra el deber jurídico denominado acertadamente paternidad y maternidad responsable. –

La jurisprudencia ha dicho por ejemplo que es la identidad de los menores, antes que la de los mayores **"la que exige una actitud de amparo por demás diligente de parte del servicio de justicia..."** (CNCiv., Sala H, 18 VI 91, "R.B., M. c/S., D.", E.D., 145 418).-

Ya hemos dicho que mantener relaciones sexuales es un acto privado y esencialmente lícito, con una consecuencia posible que es la procreación. Desde el momento que se engendra, ese nuevo ser adquiere derechos propios frente a los cuales la privacidad de la madre o del padre no tiene fuerza suficiente para alzarse.-

Lo contrario implicaría por parte de la progenitora el ejercicio abusivo del derecho a la intimidad: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”* (Art. 1071 Cód. Civ.).-

El artículo 19 de la Constitución recepta el derecho a la intimidad, pero con el debido límite que le impone el no perjudicar a terceros transformando su ejercicio en elemento nodal del quehacer antijurídico. Esgrimir el derecho a la intimidad en contra del derecho a la identidad es bastardear *“un derecho tan valioso como el de la privacidad que no ha sido reconocido constitucionalmente para perjudicar invocando su ejercicio los derechos ajenos. Si se admitiera que las acciones de familia que se dirigen a emplazar relaciones extramatrimoniales erosionan el derecho a la privacidad de los padres irresponsables que han eludido el reconocimiento voluntario, se estaría dando vuelta disvaliosamente toda la arquitectura del derecho a la*

intimidad y, lo que es peor, para dañar los derechos de los hijos" (Bidart Campos, ED-t.145-423).-

En conclusión, se está abriendo camino en la doctrina el acertado criterio de considerar la primacía del derecho a la identidad, ya que el mismo trasciende el interés individual, preocupando o debiendo preocupar a toda la comunidad, quien debe proteger y garantizar el derecho de los hijos a obtener una filiación, convirtiéndose en una cuestión de orden público.-

Ampliando los conceptos dados por el Dr. Mosset Iturraspe (2001), no hay razón fundada para hacer de las relaciones familiares un coto impenetrable para el derecho de daños.- Es un principio general del derecho de reparación, no debiéndose dejar afuera ningún sector.-

El deber genérico de no dañar, naeminem laedere, válido en todas las relaciones humanas, adquiere máxima justificación cuando están en juego las relaciones de familia.-

3.a) ¿EXISTE OBLIGACIÓN LEGAL DE LA MADRE DEL HIJO NO RECONOCIDO DE INFORMAR EL NOMBRE DEL PADRE E IMPULSAR SU RECONOCIMIENTO FORZOSO?

El respeto al derecho de todo ser humano a conocer su origen, implica que la madre sea colaboradora activa y oportuna. No puede diferirse a

la época en que el hijo pueda accionar por filiación por sí mismo. El cercenamiento de parte de su identidad, por noble que pueda parecer la actitud de la mujer que resuelve ser madre a pesar de la censurable conducta de su co-engendrante, causará un daño irreversible en una persona que crezca sin poder ejercer todos los derechos y atributos derivados de su estado de familia (CNCiv., Sala L, 23/12/94. La Ley 1995-E-10). En el difícil conflicto entre dos derechos personalísimos de elevada jerarquía como son el derecho a la intimidad de la madre, y el derecho a la identidad del menor, deben conciliarse ambos aspectos teniendo en cuenta el interés superior del niño (C. 1ª CC San Nicolás, 31/3/92. La Ley 1992-D-382). Los sujetos obligados a respetar este derecho personalísimo de todo ser humano a conocer su identidad de origen (su verdad biológica) es la comunidad en su conjunto, que debe velar por su efectiva vigencia y el Estado, cuyos funcionarios deben tener al respecto conductas positivas. La madre, al ser la representante necesaria del menor incapaz, está emplazada de modo tal que su conducta es decisiva para que el niño no reconocido por su padre pueda ejercer su derecho a conocer su verdadera historia, como hemos sostenido en otras ocasiones (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1998). En consecuencia, existe obligación legal de la madre del hijo no reconocido de informar el nombre del padre e impulsar su reconocimiento forzoso. A los efectos de conciliar el derecho de la madre a no afrontar situaciones quizás dolorosas para ella, cuando existan razones justificadas como podrían ser una violación, o circunstancias similares, podría legitimarse procesalmente al niño a requerir un tutor especial ad-litem, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Pupilar.-

La madre es la única persona capaz de conocer la exactitud de la realidad biológica de su hijo, por consiguiente es quien sabe a ciencia cierta quién es el padre del niño que ha concebido. El vínculo materno es prácticamente innegable y sólo en casos muy especiales podrá ponerse en tela de juicio. Sin embargo, la ley 23.264 a través de la reforma al Código Civil persigue la vinculación jurídica del hijo con ambos padres, pero en lo que al padre respecta, esta finalidad puede encontrarse estorbada por un actuar negligente o intencionado de la madre. Y esto puede producirse por la falta de comunicación de la mujer de su embarazo y ulterior nacimiento de la criatura, por negarse a promover acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial en representación de su hijo, por no brindar información al defensor de menores o por negar la conformidad para que el Ministerio Público inicie la demanda de filiación.-

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

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

Cuando la madre demora, sin razones que la justifiquen, u omite entablar la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial como representante del menor, ocasiona el mismo daño que origina la situación expuesta precedentemente. Aún cuando posteriormente promoviera la demanda, esa sola demora puede ser dañosa por la falta temporal del padre que ha tenido que soportar el hijo sin estar obligado a ello.-

Finalmente, la actitud reticente de informar al Ministerio Público para que este procure obtener el reconocimiento, de manera inexcusable, o la negativa a prestar la conformidad requerida por el artículo 255 del Código Civil, provoca que el niño quede sin emplazamiento paterno con sus ineludibles consecuencias.-

Lo que genera responsabilidad en la madre, en estos casos, no es sólo su actuar omisivo, sino también, y particularmente, su actitud obstruccionista.- "El derecho a resguardar su intimidad, al no revelar con quién ha mantenido relaciones sexuales, que se encuentra amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, se mantiene incólume en tanto esas acciones privadas no "perjudiquen a un tercero", como dice la norma y es evidente el perjuicio para el hijo que resultaría si no promoviera o facilitara la acción de emplazamiento" (Azpiri, 2002).-

Concurren, así, los presupuestos básicos de la responsabilidad exigidos por la legislación:

1. obrar antijurídico por una conducta deliberada de la madre que impide, obstaculiza o demora el emplazamiento de su hijo respecto de su padre.-
2. hay un daño evidente.-
3. existe un nexo causal entre sus actos y el perjuicio ocasionado.-
4. no se evidencian causales justificativas que descarten la imputabilidad.-

3.b) ¿QUE RESPONSABILIDAD LE CABE A LA MADRE?

El daño se configura en este caso por el obstáculo que supone la conducta antijurídica de la madre en pos de la identidad del niño (realidad jurídica y biológica). Si bien podemos decir que nos encontramos ante un caso de atipicidad del ilícito, la existencia de un daño injusto nos sujeta a las normas generales de imputación de responsabilidad.-

Aquí sí consideramos que el factor de atribución es la culpa o el dolo. En el supuesto en análisis nos encontramos frente a un menosprecio del ordenamiento jurídico al que debe sumársele una conducta irresponsable y egoísta que se exterioriza a través de un actuar doloso o cuanto menos negligente.-

Debe señalarse que la violación o el incesto pueden ser consideradas causas eximentes de la obligación referida. Una posición en tal sentido contemplaría en forma especial el interés del menor sin perjuicio de la preservación del derecho a la intimidad de la madre. Debemos preguntarnos si ocurre lo propio con el error excusable, y cuando podría hablarse de éste. Se podría hablar de duda o ignorancia sobre la identidad del padre, debido a la pluralidad de relaciones. En este último caso el actuar culposo consistiría en la conducta que generó la posibilidad de la duda. Por lo tanto, es necesario que también pese sobre la madre el deber de permitir a su hijo o hija conocer su verdadera identidad. –

3.c) Derecho Comparado.-

En el derecho comparado existe una clara tendencia a considerar que es un deber jurídico de la madre el contribuir a la determinación de la filiación extramatrimonial de su hijo, proporcionando el nombre o colaborando en la ubicación del progenitor.- Al respecto: *“... el Código Civil Español en su artículo 129 otorga la posibilidad de interponer esta acción al representante legal del menor o al Ministerio Público; en igual sentido, el Código Civil de Portugal (Art. 1866); Código Civil de Venezuela (Art. 127).- Algunas legislaciones contemplan en caso de violación o incesto la eximición del deber jurídico a cargo de la madre.- En Dinamarca y en Noruega se le impone a la madre la obligación de comunicar el nombre del padre. Los profesionales de la salud*

intervinientes durante el embarazo o el parto deben comunicar estos datos. La omisión de ambos es penada.- En fallos del 18-VI-88 y del 31-I-89, La Corte Constitucional Federal Alemana reconoció el derecho del hijo extramatrimonial a demandar a su madre para que revele el nombre de su padre extramatrimonial” (GROSMAN, C.; ARIANNA, C, 1992).-

4. ¿CUANDO NACE LA ACCIÓN POR RESPONSABILIDAD CONTRA EL PADRE NO RECONOCIENTE?

Dentro de las tendencias actuales está la de admitir la obligación de resarcir los daños causados en las relaciones de familia.-

Ahora bien, cuando nace la acción: La acción nace desde que el progenitor biológico conoce la existencia del embarazo y parto de la mujer y niega no solo su paternidad sino que también se niega a someterse a pruebas científicas para su determinación.-

La falta de determinación de una filiación causa un gravamen al hijo no reconocido perturbando el goce de los derechos que dependen de esa determinación.-

5. ¿EXISTE OBLIGACION JURIDICA DE RECONOCER A

LOS HIJOS?

El reconocimiento conforme lo establece el Art. 249 del C.C. es un acto unilateral, voluntario y personalísimo del progenitor, pero no es un acto discrecional.-

Así, ante el derecho que le asiste al hijo de ser reconocido por su padre mediante el ejercicio de las acciones que le otorga el ordenamiento jurídico en los arts. 254, 251, ss. y cc. del Código Civil, está la correlativa obligación jurídica de reconocer a los hijos, y que el progenitor no puede omitir y que de hacerlo, tal omisión configura un ilícito, ya que el acto de reconocimiento del hijo no es un comportamiento indiferente para el ordenamiento jurídico.-

“Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido” (Art. 1074 del Código Civil), es antijurídica aquella omisión que resulte del deber implícito que se tiene de obrar con prudencia para no dañar a otro.- Así en la falta de reconocimiento del hijo, el hecho dañoso se produce por una omisión antijurídica, ya que existe el deber de reconocer a los hijos.-

La conducta omisiva, en este caso –la falta de reconocimiento-, sumada a la presencia de los demás presupuestos de responsabilidad, le

otorga a la antijuricidad categoría normativa consagrada en el Art. 4 de la ley 23.511.- Brebbia (1991) enseña que queda patentado el obrar antijurídico del progenitor no reconociente y que se refuerza cuando el progenitor obstruye el proceso judicial o se niega a la realización de la prueba biológica.- Al respecto la jurisprudencia ha dicho: “La omisión procesal configurada por la no participación en los estudios genéticos dispuestos es jurídicamente relevante por que hay una norma expresa que le asigna una consecuencia jurídica”(Fallo CCiv y Com, Concepción del Uruguay, Entre Ríos, 30-09-93, Zeus, 64-J-199).-

Hay una obligación jurídica de reconocer a los hijos, por lo tanto la conducta omisiva de reconocimiento es antijurídica.- Configura esta antijuricidad la violación al derecho a la identidad del hijo y/o a conocer su realidad biológica (su código genético, como sería el padecimiento de enfermedades de transmisión genética), a si como la falta de emplazamiento en el estado de hijo con la consiguiente ubicación familiar.-

El progenitor no reconociente vulnera derechos y bienes de carácter extrapatrimonial tutelados por el ordenamiento jurídico integralmente considerados.-

6. ¿Prescribe la acción de impugnación del reconocimiento de la filiación?

Un fallo de la CApel. CC San Martín, Sala I, de diciembre de 1981, sostuvo que el emplazamiento en un estado de familia no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, y en donde la doctrina afirma la imprescriptibilidad de las acciones de estado.- No obstante esto, la propia ley, inspirada en la necesidad de consolidar o dar firmeza a ciertos estados de familia, sujeta a determinadas acciones a los llamados plazos de caducidad.-

Al respecto el gran maestro Guillermo Borda (ED.t.99.135) en un artículo titulado “¿Prescribe la acción de impugnación del reconocimiento de filiación?” enseña: “... El problema es el siguiente: mientras el artículo 262 del Código Civil dispone que el derecho a reclamar la filiación o contestar la legitimidad no se extingue ni por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, el artículo 4029 establece a su vez que la acción del hijo reconocido por el que se dice su padre, contra el reconocimiento hecho, se prescribe por dos años desde que el hijo llega a la mayor edad”.-

“¿Existe una contradicción irreparable entre estas dos disposiciones legales o, por el contrario, existe una interpretación que permite compatibilizarlas? El fallo se pronuncia sobre esta última solución.- El Dr. Calatayud sostiene que mientras el artículo 262 se refiere a la acción relativa a la impugnación de la legitimidad o del estado de filiación propiamente dicho, el

artículo 4029 se refiere exclusivamente a la impugnación del reconocimiento, es decir, al reconocimiento como acto jurídico independiente de las acciones de reclamación o de impugnación de filiación, que son imprescriptibles.-“

Borda sigue afirmando que: “Me parece clarísimo el texto del artículo 262, según el cual el derecho a reclamar la filiación o de contestar la legitimidad, son imprescriptibles.- Igualmente claro es el artículo 4029, cuando dispone que la acción del hijo contra el reconocimiento hecho por el que se dice su padre prescribe por dos años desde que el hijo llega a la mayoría de edad.- Nos encontramos ante una contradicción, por que si la acción para impugnar el reconocimiento prescribe a los dos años de haber llegado a la mayoría de edad, ¿Cómo podría el hijo que ha dejado pasar ese término reclamar su verdadera filiación, derecho que el artículo 262 declara imprescriptible? Recuérdese que para reclamar el reconocimiento de la filiación, el hijo previa o simultáneamente impugnar la anterior relación de filiación, por la muy simple razón de que no sería posible que una persona ostente dos filiaciones al mismo tiempo.- Pero si se reconoce vigencia al artículo 4029 nos encontramos con que transcurridos el término de dos años, ya no se podría impugnar la filiación anterior.- ¿En que queda entonces el principio enfáticamente sentado por el artículo 262, según el cual el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable?”

Borda sostiene “... es muy clara la contradicción entre ambos textos ya que uno dispone que el derecho de reclamar la filiación o de contestar la legitimidad es imprescriptible y el otro dispone que la acción para contestar el

reconocimiento de la filiación prescribe a los dos años de llegado el hijo a la mayoría de edad.- ¿Qué solución cabe adoptar? Considero incuestionable que toda duda interpretativa debe ser resuelta siempre teniendo en cuenta el resultado de la misma: De dos interpretaciones posibles hay que elegir la que mejor resuelva los intereses individuales y sociales en juego. Y en este caso, no cabe duda que debe darse prevalencia a la regla liminar del artículo 262.- El derecho que se reconozca la verdadera filiación, debe ser imprescriptible e irrenunciable.- Cuando un hijo toma conocimiento de cual es su verdadero padre no es posible negarle el derecho a probar esa realidad.-... Hay que tener en cuenta que la verdadera relación de filiación es frecuentemente un misterio.- Suele darse al hijo concebido el nombre de otro hombre par cubrir un secreto y este secreto puede ser ignorado por el hijo hasta muchos años después de cumplida el plazo del artículo 4029.- Como negarle entonces el derecho a reclamar su filiación”.-

CAPITULO V

1. El daño causado por la omisión del reconocimiento del hijo extramatrimonial.-

A los fines de la viabilidad de una pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios. Resulta necesario analizar los presupuestos de la responsabilidad civil a la luz del derecho de familia, es decir, aquellos presupuestos que deben estar presentes para hacer viable el reclamo.-

A saber:

EL DAÑO: Se puede definir en sentido amplio como la pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido y para que sea reparable es necesario que derive de la lesión a un interés y que haya relación causal (Art. 906 del C.C). entre el hecho y el daño.- Que sea personal de quien lo invoca, cierto, real, efectivo y no meramente hipotético.- Lo que se protege es la integridad de la persona afectada. A la víctima, se la protege en su proyección individual, social, familiar.-

En el tema que nos ocupa la existencia del daño es indiscutible ya que la falta de determinación del estado de hijo perturba el goce de los derechos que dependen de esa determinación.- Se menoscaba el derecho humano al respeto de la dignidad personal, a la protección de la integridad moral, a la identidad, al nombre.- Zannoni (1987)

enseña que *“es daño moral objetivo y subjetivo por que la persona, de hecho e injustificadamente, puede verse menoscabada en la consideración social que merece y sufre en su interioridad esta circunstancia”* - Estamos ante un daño moral directo ya que se lesionan derechos de la personalidad.- En su voto en la sentencia de la Sala F de la Cámara Nacional Civil, del 19 de Octubre de 1989, Bossert aclara que *“no se trata de resarcir las carencias afectivas que pesaron sobre el hijo no reconocido ... sino el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario”*.-

DOLO O CULPA: Son el elemento valorativo gracias al cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito a una determinada persona.- La omisión del reconocimiento puede ser dolosa o culposa pues no solamente será debida a la intención del progenitor remiso sino que puede ser también el resultado de una actitud negligente, es decir, que se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo y no objetivo.- La falta de reconocimiento no genera responsabilidad civil si no es imputable.- Mas allá de eso, la falta de malicia o culpabilidad evidente en dañar no impiden la procedencia de la indemnización, ya que la esencia de la reparación del daño causado es de naturaleza resarcitoria.- Hay que dejar sentado que, aunque en algunos casos resulte útil la entidad del factor de atribución, no importa tanto si el padre biológico obró dolosa o culposamente, lo esencial es que ese comportamiento omisivo (el

no reconocimiento) produzca un daño.- Basándonos en lo que expresa el artículo 512 de nuestro Código Civil: “... *la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”, no hay dudas que es imputable la culpa del progenitor, ya que el reconocimiento del hijo por parte del padre –omitido- es una diligencia exigida por la naturaleza de la obligación (nexo biológico), y que por las circunstancias de las personas corresponde a éste y nada más que a éste efectuarlo espontánea y voluntariamente.- Además se precisan dos presupuestos: la omisión de realizar la conducta que exige la naturaleza de la obligación y la ausencia de propósito deliberado de incumplir o de causar un daño.- Hasta aquí la responsabilidad desde la óptica de la culpa, pero la imputabilidad a título de dolo surge lo establecido en los arts. 521, 1067 y 1072 del C.C., y así en el ámbito de la falta de reconocimiento del hijo, la omisión se torna reprochable ya que el padre biológico incurrió con intención de sustraerse del deber jurídico de reconocer al hijo.-

RELACION DE CAUSALIDAD: “... para que un daño deba repararse jurídicamente es preciso que haya sido causado por el responsable, por sus subordinados o por sus cosas animadas o inanimadas; el vínculo de causalidad permite establecer cuando una consecuencia debe ser atribuida a la acción u omisión de otra”(Orgaz, 1980).- El nexo causal es el presupuesto que relaciona el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de atribución de

responsabilidad, así, el daño y la culpa se integran constituyendo la unidad del acto que es fuente de la obligación que se debe indemnizar.- Debe haber una causalidad adecuada entre el daño reclamado y la falta de reconocimiento espontáneo, la abstención y el perjuicio.- El daño causado deriva de la falta de reconocimiento y de la conducta del progenitor omisivo que no contribuye a despejar las dudas que puede albergar la acción de filiación.-

ANTI JURICIDAD: Una acción es antijurídica cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado, y puede consistir tanto en la realización de un acto antijurídico (Art. 1066 del Código Civil) como en la abstención de la conducta que la ley le impone (Art. 1074 del Código Civil).- De acuerdo a Mosset Iturraspe (1983) el requisito de la responsabilidad civil que resulta mas difícil de justificar es el de la antijuridicidad, si se estima que solo se configura cuando el comportamiento positivo u omisivo infringe una prohibición legal expresa, es decir, cuando la antijuridicidad se concibe como *ilegalidad* o *antijuridicidad formal*.- Entonces desaparecerá la ilicitud de la omisión del progenitor por que la ley contempla su derecho a reconocer al hijo pero no expresa textualmente que tenga el deber jurídico de hacerlo.- Pero la antijuridicidad de la omisión aparece claramente si al lado de las prohibiciones expresas colocamos consecuencias derivadas de la violación de prohibiciones implícitas, y que surgen de principios éticos, de convivencia, políticos, económicos y, que sustenta la justicia en las relaciones humanas y la

existencia ordenada y pacífica de la comunidad.- Llambias enseña que “cuando la desaprobación legal surge limpiamente del ordenamiento jurídico, apreciado en su plenitud, es indudable que ese acto es ilícito aunque falte un texto explícito que prohíba su realización”.-

2. El Daño Moral en las relaciones de familia.-

Ya se ha dicho a lo largo de todo este trabajo que el daño moral es aquel que afecta principalmente a los derechos y atribuciones de la personalidad.- Que es de carácter extrapatrimonial, y que su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor preeminente en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos.-

Aspecto Constitucional.-

Germán Bidart Campos (ED. T. 128-331), se pregunta:

“¿Dónde está lo constitucional? Primero en el no dañar a otro. Pero, después..., en el derecho de todo ser humano a tener filiación. Es un derecho implícito del Art. 33 **(Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no**

enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno), porque hace a la dignidad y a la identidad personales, y porque el Art. 14 bis manda a proteger integralmente a la familia. ¿Cómo no decir que se desprotege cuando quien no tiene filiación carece del núcleo familiar completo al cual recurrir?... los jueces deben concurrir en auxilio de esa desprotección a la familia que La Constitución impone.-

En primer lugar, si la ley “debe” equiparar los derechos de las dos filiaciones (matrimonial y extramatrimonial) conforme el Art. 17, Inc., 5° del Pacto de San José de Costa Rica **(La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo)**, y esa ley interna ya se dictó en la Argentina, es fácil darse cuenta de que los hijos extramatrimoniales tienen derecho a emplazar su filiación completa (paterna y materna), igual que los matrimoniales. –

En segundo lugar, si el Art. 19 del mismo Pacto **(Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado)**, muy similar al Art. 24, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas **(1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición**

de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad), estipula que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, es también fácil compartir la idea de que la primera medida tutelar es el emplazamiento de su filiación paterna y materna.-

Estas normas internacionales vigentes en Argentina nos permiten encuadrar el derecho de obtener el reconocimiento filiatorios en los arts. 33 y 14 bis de nuestra Constitución, y a fundamentar –en conexión con el non leadere del Art. 19-, la indemnización por daño moral, cuando... se emplaza judicialmente la filiación de un hijo que no fue voluntariamente reconocido por su padre”.-

2.a) Derecho Comparado

La doctrina clásica italiana, habla de daño moral «objetivo» y de daño moral «subjetivo». Daño moral objetivo sería aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración social; y en cambio, el daño moral subjetivo sería aquel que consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Ejemplo del primero, es el daño provocado por

las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública; ejemplo del segundo, las heridas u ofensas físicas.-

En la doctrina francesa los Mazeaud y Tunc distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral «que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración», y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral «que alcanzan al individuo en sus afectos», se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida.

La jurisprudencia española por su parte habla de daño moral «puro» y considera que daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, los que no acarrear ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valubles y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado.-

3. El daño moral indemnizable.-

Bustamante Alsina (1993) conceptualiza al daño moral como la lesión de los sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravios a las afecciones legítimas, y en general toda clase de sufrimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria.- El agravio moral no puede ser cabalmente neutralizado por resarcimiento alguno ni es factible su reparación por vía de la reposición de las cosas a su estado anterior.-

El daño moral acarrea el menoscabo de bienes no patrimoniales que tienen su valor principal en la vida de la persona humana y que son la dignidad, el honor, la paz, la felicidad familiar, las afecciones legítimas.- Es sabido que se necesita la fractura de valores espirituales relevantes para afectar la personalidad del individuo por ende no procede la reparación del agravio moral solo cuando involucra daños triviales, simples molestias, perturbaciones de animo o mortificación espiritual (Fallo CNac.Civ., Sala D, 27-11-81, ED,101-576).-

En el tema que nos ocupa, el daño moral indemnizable es el padecido por el hijo no reconocido por su padre biológico, un hijo sin identidad que sufre una verdadera lesión en sus afecciones mas intimas.- Esto se encuentra demostrado desde el momento en que solo lleva el apellido de la madre, situación que produce un estigma y coloca a esta persona en desventaja frente a los compañeros de colegio, amigos, y a la sociedad en general.-

El no uso del verdadero apellido causa angustia al menor.- Conforme la ley 18.248, toda persona sea hijo matrimonial o no tiene derecho a tener y a usar el apellido que le corresponde.- En un fallo comentado (Gregorini Clusellas, 1995), la filiación y el apellido son atributos de la personalidad, y como tales no pueden ser desconocidos por el ordenamiento jurídico que procura la concordancia con el orden biológico que está eludiendo el progenitor voluntariamente al no reconocer al hijo, resultando en consecuencia responsable por los daños causados a quien tiene el derecho a ser emplazado como hijo.-

Para un ser humano conocer su realidad biológica, su ascendencia, su origen tanto histórico como genético, poseer el estado de hijo, un apellido, trascienden lo jurídico por lo tanto la indemnización cuantificada en dinero puede no satisfacer todas las expectativas.-

“Considerar que la filiación y el apellido como atributos de la personalidad no pueden ser desconocidos legalmente y que el ordenamiento jurídico procura la concordancia entre el vínculo biológico y el jurídico, aquel que alude voluntariamente su deber jurídico resulta responsable de los daños ocasionados a quien tenía el derecho a ser emplazado en el estado de familia respectivo y resultó perjudicado por la omisión del reconocimiento espontáneo”
(Fallo C.Nac.Civ., Sala L, 23-12-94, "B.O.N c/M.O.O).-

4. Quantum Indemnizatorio.-

Con respecto a la pauta indemnizatoria y teniendo en cuenta que el daño patrimonial se trata de un perjuicio de índole económica que puede medirse en dinero, y que el daño moral no puede ser cabalmente neutralizado por resarcimiento alguno, ni es factible su reparación "in natura" (Art. 1083 del Código Civil), se puede afirmar que en lo extrapatrimonial se debe estimar en dinero una suma que si bien nunca podrá ser equivalente al dolor o sufrimiento, se la considere reparadora y abarcativa de la afección.-

No hay parámetros para medir el dolor, el sufrimiento, la angustia de la persona herida en sus afecciones mas intimas.- Es digno valorar el daño

y su efecto sobre la víctima, debiendo considerarse en ésta instancia y en forma simultanea las circunstancias que rodean al caso.- La intensidad de la lesión espiritual que afecte a la victima debe ser objeto de análisis en cada caso en particular.- El daño moral es una alteración emocional profundamente subjetiva e inescrutable, por lo que la apreciación del juez para fijar en dinero su compensación deber ser necesariamente objetiva y abstracta.-

Se deberá tener en cuenta cual pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se halla la víctima del acto lesivo, llegando así, a una determinación equitativa de la cuantía de ese daño no mensurable.- También es preciso tener en cuenta que la estimación del daño moral debe hacerse con independencia de la cuantía del daño material, porque la valuación del daño moral sólo debe establecerse en función de los valores espirituales afectados sin consideración alguna a los bienes patrimoniales que resulten lesionados.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que par fijar el daño moral debe tenerse en cuenta su carácter resarcitorio y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material.-

Así la falta de reconocimiento en tiempo propio sin justificación alguna constituye un hecho antijurídico y culpable y es causa eficiente para generar daño moral, pues la falta del debido emplazamiento impide la utilización, como hemos visto a lo largo del presente trabajo, de apellido

paterno y obsta a que el hijo biológico goce de la asistencia material y espiritual que emana de la patria potestad.

La Cámara Nacional Civil de Buenos Aires en el caso "B., O. N. c. M., O. O." (La Ley, 1995-E-11, con nota de Gregorini Clusellas, Eduardo), al respecto se expresa de la siguiente manera: "transitar por la vida sin más apellido que el materno y sin poder alegar la paternidad, causa en cualquier persona un daño psíquico marcado..."- "...Ello así, máxime cuando el actor se encuentra en la etapa de la adolescencia, caracterizada por la extrema susceptibilidad, la necesidad de reconocimiento y afecto, el cuestionamiento de la propia personalidad y la inseguridad en todos los campos."

Lo que se pretende resarcir con una indemnización por daño moral son los padecimientos anímicos y espirituales señalados producto de una determinada situación como es, en lo que nos compete, la falta de emplazamiento en el estado de hijo.

Para su cuantificación, el juez deberá tener en cuenta la gravedad objetiva del daño. Además, como afirman Boietti y Di Próspero (1990) se "deberá considerar la personalidad de la víctima y del autor del hecho, la extensión del perjuicio y los efectos del hecho sobre su sensibilidad y seguridad. La específica naturaleza del daño moral determina que el juez tenga en cuenta la intensidad, calidad, extensión temporal, pero no el quantum en que se fije la reparación", por lo que se admite la indeterminación del monto en la demanda.

Con respecto a este tipo de agravios, se ha planteado en la doctrina la cuestión de si una persona, por su inmadurez, como ocurre con los menores impúberes, pueden padecer agravios morales al no estar en condiciones de entender, querer o sentir como lo haría un adulto. Otra vez encontramos opiniones diversas: quienes afirman que no pueden los menores sufrir un daño moral y habiéndose consumado una acción antijurídica, el damnificado sería otra persona, como puede serlo el padre o la madre del menor, quienes se convierten en damnificados directos y, por lo tanto, legitimados activos para entablar la acción. Desde la perspectiva contraria encontramos a los que piensan que los menores, aún los de corta edad, son susceptibles de padecer dicho daño, siendo ellos mismos los damnificados directos. Así, se debe entender que nadie más que el hijo es quien sufre las consecuencias de la falta de emplazamiento filial.-

CAPITULO VI

CONCLUSION

Cuando se habla de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre no hay duda de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel material como psicológico y por supuesto moral.- Pero esto no es sólo responsabilidad de la parte masculina de la relación, ya que muchas veces nos encontramos con que la madre tiene actitudes egoístas -a veces por venganza hacia una pareja que no funcionó, o por negligencia ante una relación sexual aislada-, e impide que su hijo goce de derechos que le son reconocidos no solamente en nuestra Ley Suprema sino también en tratados internacionales e incluso en el propio Código Civil y aunque socialmente siempre sea más sancionado un padre que se ausenta de sus deberes como tal, no debemos perder de vista situaciones como las expuestas, a lo largo del trabajo, respecto a la madre.- Ambos son padres y ambos deben responder por los daños que ocasionen a su hijo por una conducta contraria al ordenamiento legal y mas cuando no existe una razón jurídicamente relevante que justifique un obrar contrario al debido, no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde lo mas profundo de las relaciones humanas.-

Cuando se habla, se debate o se plantea la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia, no se persigue castigar actos antijurídicos, sino todo lo contrario, el fin último es darle protección a una persona que ve vulnerados sus derechos esenciales por una conducta ajena, conducta que no

solo no depende de su voluntad sino que tampoco tiene obligación de soportar.- Por lo tanto quien dolosa o culposamente, priva a un niño del estado de familia, de llevar el apellido paterno, de estar en igualdad de derechos y condiciones respecto de los hijos matrimoniales, debe ser civilmente responsable.- Los hijos no reconocidos por sus padres, acarrearán una minusvalía social e incluso dolor, al saberse negados por el padre y, esto provoca no solo en esos niños un sentimiento de inferioridad sino que también nos encontramos con que experimentan una desprotección espiritual ya que no pueden contar con una imagen y figura paterna cierta, visible y responsable.- Nadie puede negar el fuerte impacto que provoca en un niño el saberse no reconocido por el padre que lo engendró y privándolo así de una pertenencia reclamada por todo ser humano pero por sobretodo en la niñez y adolescencia.-

La filiación y el apellido son atributos de la personalidad y por lo tanto no pueden ser desconocidos legalmente.- Quien elude voluntariamente estas obligaciones es responsable por el daño que provoca.- Por lo tanto todo hijo tiene derecho a saber cual es su origen, a llevar el apellido tanto paterno como materno, a saberse y sentirse querido, ahora bien, si ello no ocurre, nos encontramos ante una situación de vacío, de no sentir un lugar de pertenencia afectando los sentimientos mas hondos y profundos de un ser humano y mas aún de un niño.-

No se puede negar que la falta de reconocimiento de un hijo como propio, da origen a una conducta antijurídica y únicamente subsanable mediante una reparación integral y plena conforme los conceptos y

lineamientos no solo vertidos por nuestra legislación y doctrina sino también contenida en los fallos de las máximos tribunales de nuestro país.-

Nuestra Corte Suprema de Justicia a lo largo de numerosos fallos que se han publicado en este trabajo, sienta el principio de que la reparación debe ser integral y plena, dando así lugar al resarcimiento del daño moral en las relaciones de familia y mas concretamente ante una filiación, por que el derecho es uno solo y debe integrarse como tal.-

Si bien el reconocimiento de la filiación es un acto jurídico familiar voluntario y unilateral, esto no significa que se le niegue el derecho a ser reconocidos por su progenitor desde su nacimiento y así obtener el emplazamiento en el correspondiente estado de familia.- El no reconocimiento de un hijo da lugar a reclamar indemnización, tanto material como moral y en cuanto a este último, lo que se persigue con su reparación es el indemnizar el quebranto que implica la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor preeminente en la vida de una persona, como son el derecho a la identidad, a saber quienes son sus padres, a sentirse querido.-

La falta de reconocimiento del hijo propio engendra un ilícito, en dicha conducta elusiva están presentes, los presupuestos de la responsabilidad civil: Imputabilidad, dañosidad, causalidad adecuada y antijuricidad, dando lugar al derecho de obtener un resarcimiento en razón del daño moral que pueda padecer el hijo.-

Reitero, la filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente y moralmente; hay una omisión por parte del progenitor que provoca un perjuicio y nosotros como hombres y mujeres del derecho no podemos hacer oídos sordos a ello bajo el pretexto de que no existe una norma expresa que así lo autorice en materia de relaciones de familia y como enseña Di Lella (1992) "la aplicación de las normas del derecho civil al derecho de familia debe hacerse sin perder de vista las muy delicadas instituciones que éste regula, y que en materia de responsabilidad por daños es donde se debe tener un especial cuidado, pues no se trata de ahuyentar a los individuos de la formación de aquella célula básica de la sociedad ya que todo lo que parezca una protección desmesurada provocará retraimiento en lugar de cumplir aquella función".-

Lista de Referencias.-

- Acuña Anzorena, A. (1963). *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. Pg. 64.
Editorial Platense.
- Azpiri, J. (2002). *Daños y perjuicios en la filiación*, Revista de Derecho de Familia, Tomo 20, Pág. 38. Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot. Bs.As.
- Bidart Campos, G. (...) *Paternidad Extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: Un aspecto Constitucional*. (t. 128) pg. 331. Editorial El Derecho.-
- Boietti, C. y Di Próspero, M. (1990). *Reparación del daño moral*, La Ley, 1990-A-246.-
- Borda, G., (1993). *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Perrot. Buenos Aires.-
- Brebbia, R. (1991). *El daño moral en las relaciones de familia*, Derecho de Familia, libro homenaje a la Dra. Méndez Costa, pg. 358. Ed. Rubinzal Culzoni.-
- Bustamante Alsina, J. (1993). *La Teoría General de La Responsabilidad Civil*. Pg. 67. Editorial Abeledo Perrot.-
- Bustamante Alsina, J. (...) *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, (9° Ed., ampliada y actualizada). Editorial Abeledo Perrot.-

Carneriro, J. J. (...) Consideraciones sobre El Daño Moral. Editorial El Derecho (t. 164). Pg 356.

Corbo, C. M. *Responsabilidad civil por falta de reconocimiento espontaneo de hijo extramatrimonial*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar>

Cúneo, D. L. y Hernández, C. U (2005). *Filiación Biológica. Colección Temática Derecho de Familia*. Tomo 3. 1ºed. Editorial Juris. Rosario.-

Di Lella, Pedro, (1992) "Derecho de daños vs. Derecho de familia", La Ley, 1992-D-862)

Fernández Sessarego C. (1992). *"El derecho a la identidad personal"*. Ed. Astrea, Bs.As.

Gowland, A. *Filiación: Daño Moral por Falta de Reconocimiento Formal y Posesión de Estado de Hijo*. Editorial El Derecho (t.227), pg. 283 y ss.

Gregorini Clusellas, E. (1995). *"Daño Moral. Su reparación y su determinación en la negativa de filiación"*. Ed. La Ley 1995-E.-

Grosman, C.; Arianna, C., (1992). *"Hacia una mayor efectividad del artículo 255 del Código Civil"*. Secc. Doc. JA., 1992- II-693.-

Grosman, C. (1993). *Significado de La Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia*. Editorial La Ley 1993-B-1089.

Lafaille, H. (1927). Curso de Contratos. t.I, pg. 43. Bs.As.-

Llambías, J.J. (1954). *El precio del Dolor*. t. III, pg. 358. Bs.As.

López del Carril, J. (1987). *La filiación y la ley 23.264*. pg.446. num. 530.

Bs.As.

Makianich de Basset, L. y Gutiérrez, Delia M. *Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo*.

Editorial El Derecho (t. 132) pg. 473 y ss.-

Méndez Costa, J. (1991). *Encuadre constitucional del derecho a la identidad*.

Fallo: SCJ Santa Fe, 19/9/91, Ed. La Ley 1992-D-536.-

Méndez Costa, M. J. y D'Antonio, Daniel H. (1991) *Derecho de Familia*, Tomo

III. Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As.-

Mendoza, Yoleida. *Una aproximación al estudio del Daño Moral Extracontractual*. (Prof. De Derecho Civil de la Univ. De los Andes

(Venezuela).- Disponible en: civil.udg.es/cordoba/com/Vielma.htm

Minyersky, N. (1996) *Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución*, incorporado en la obra "La

responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg".

Directores Atilio Aníbal Alterini – Roberto M. López Cabana. Pág.

549/562. Editorial Abeledo Perrot. Bs.As.-

Molina Quiroga, E. y Viggiola, L. (1999) *Protección Constitucional del Derecho a la Identidad del Hijo Extramatrimonial*. Trabajo presentado en el

Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI. Abril, 28,

29 y 30 de 1999. Comisión N° 7: Derecho Civil. Tema N° 7.3: Derecho

Civil Constitucional.- Disponible en: <http://www.aaba.org.ar>

Mosset Iturraspe, J. (2001). *Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales)*, Revista de derecho de daños. pg. 125 y ss., en esp. p.129.-.-

Mosset Iturraspe, J. (1983). *Los daños emergentes del divorcio*. Editorial La Ley. 1983-C-350, num. III.-

Orgaz, A. (1980). *El Daño Resarcible*, N°14, p.29.-

Pizarro, Ramón Daniel. *Modernas Fronteras de la Responsabilidad Civil: El Derecho a la Reparación desde la Perspectiva Constitucional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar>.

Von Ihering, (1893) *Ouvres Choises*, Paris, T. II, pg. 154,155 y 179.-

Rébora, J., (1924). *El daño moral*, Editorial Jurisprudencia Argentina, 1924-99, Secc. Doctr.

Rodrigo, M. R. y Vargas, E. (2001). *Padre ausente y las repercusiones a nivel psicológico en el niño, según diversas perspectivas de análisis*. Universidad de Santiago, Chile. Disponible en: <http://www.apsique.com>

Zannoni, E. (1987). *El Daño en la Responsabilidad Civil*, pg. 88. Bs.As.-

Zavala de González, M. (1993). *Resarcimiento de Daños*, t.3, pg.174, Bs. As.-

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	DUPANLOU, María Silvia
E-mail:	msdupanlou@yahoo.com.ar
Título de grado que obtiene:	ABOGADA

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Responsabilidad en el las Relaciones de Familia – Daño Moral por falta de reconocimiento del Hijo
Título del TFG en inglés	Responsible Family Relations - Moral damage from lack of recognition of the Son
Integrantes de la CAE	Dres. Adriana Warde – Juan Garcia
Fecha de último coloquio con la CAE	8 de Julio de 2011.-
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Contiene Trabajo Final de Graduación, Abstract en castellano e inglés y formulario descriptivo, todo en 90 hojas grabado en PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica

Después de..... mes(es)

Firma del alumno

