

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACÍA



**EL DAÑO EMERGENTE DEL NO
RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL
Y LA RESPONSABILIDAD DEL PROGENITOR
OMITENTE**

SCHIAFFINO OCTAVIO JOSE

AÑO 2012

RESUMEN TFG

Por medio del presente Trabajo Final de Grado, que se ha titulado “El daño emergente del no reconocimiento del hijo extramatrimonial y la responsabilidad del progenitor omitente”. Se toma en cuenta en primer lugar la evolución en cuanto a la Responsabilidad Civil y el Derecho de Daños desde sus fuentes Romanas hasta la época contemporánea y el Derecho de Familia, tendiendo a una vinculación cada vez más importante entre ambas ramas del Derecho.

Como el título lo describe, se analizarán las distintas posturas doctrinarias en torno a la posibilidad de sentenciar al padre que no reconoce voluntariamente al hijo nacido del vínculo con una mujer, responsabilizándolo civilmente por los daños morales y o materiales del niño.

Se develará si el hijo no reconocido por su progenitor es pasible de sufrir daños en su persona, por medio del menoscabo al no ser emplazado al estado de hijo de padre y madre, generándole un estigma en su desempeño ante la sociedad.

Al no contar con una legislación específica de tipifique al no reconocimiento voluntario del padre como un ilícito, se analizarán cuales deben ser los presupuesto de la Responsabilidad Civil que deben encontrarse en el contexto de la omisión del emplazamiento al estado de hijo, siguiendo los principios generales del derecho de no dañar al otro.

Para finalizar se tendrá en cuenta el actuar de la madre para ejercer la facultad que le otorga la ley como representante legal de su hijo menor de entablar ante el juez competente la acción de filiación y por daños correspondiente.

Siendo los resultados de esta investigación, la conclusión de que todo hijo tiene derecho de conocer y ser reconocido por sus progenitores voluntariamente, y ante la omisión de dicho emplazamiento se generan daños morales en el niño y materiales que deben ser subsanados por imperio de la ley.

La posición adoptada en este trabajo, es que la ausencia del reconocimiento espontáneo del padre respecto del hijo, constituye un ilícito ya que daña moralmente al niño y genera una responsabilidad civil al padre omitente.

ABSTRACT TFG

By means of this final degree project, this has been titled “The damages resulting from non-recognition of the child out of wedlock and the responsibility of the parent omitente”. It takes into account, first and foremost, the evolution in regard to civil liability and the damages law from their Roman sources to the contemporary period and the Family Law, tending to a link each time more important between the two branches of law.

As the title describes, consideration will be given to the various doctrinal positions around the possibility of sentencing the father not voluntarily acknowledges the son born of the bond with a woman, timescales civilly liable for the damage or moral and material of the child.

It will unveil if the son not recognized by his parent is liable to suffer damage to their person, by means of the impairment to the not being hauled to the state of son of father and mother, thereby creating a stigma in their performance to the society.

By not having a specific legislation to criminalize the not voluntary recognition of the father as a illicit, analyze which should be the budget of the Civil Liability that should be found in the context of the omission of the site to the state of son, following the general principles of law not to damage the other.

To finish will take into account the act of the mother to exercise his authority under the law as the legal representative of her minor son have brought before the competent judge the action of demographics and by corresponding damage.

Being the outcome of this research, the conclusion that every child has the right to know and be recognized by their parents voluntarily, and the omission of this site are generated moral damages in the child and materials that must be remedied by rule of law.

The position adopted in this work, is that the absence of the spontaneous recognition of the father respect of the Son, is a illicit because Dana morally to the child and generates a civil liability to the father omitente.

<u>INDICE</u>	PÁGINAS
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO 1	
Principales fuentes del Derecho de Daños	10
El Derecho Romano	10
El Derecho Francés	13
El Derecho Alemán	15
Evolución del Derecho de Daños	16
El reconocimiento del daño en el Derecho Latinoamericano	18
Evolución del Derecho de Familia	19
CAPITULO 2	
El reconocimiento del daño dentro de la familia	21
Debate doctrinario	25
Tesis negativa	27
Tesis positiva	28
La protección de la familia en la Constitución nacional	30
Derechos del niño frente a la filiación	31

CAPITULO 3

PÁGINAS

Naturaleza de la responsabilidad del padre por la
falta de reconocimiento voluntario del hijo 33

Generalidades 33

 Presupuestos de la Responsabilidad Civil 34

 La Antijuridicidad 35

 El Daño 37

 El Factor de Atribución 42

 La Relación de Causalidad 44

Las eximentes de la responsabilidad civil del padre
omitente 46

CAPITULO 4

Responsabilidad materna ante la inacción judicial 47

La piedad filial 52

CAPITULO 5

La acción por Daños y Perjuicios 56

Legitimaciones 56

Prescripción 58

CAPITULO 6

Reseña jurisprudencial 60

Conclusiones personales 69

Bibliografía 73

Agradecimientos:

En este camino que he comenzado junto a mi familia, integrada por mi esposa y mis tres hijos, los cuales siempre estuvieron apoyándome para que no deje de apretar el acelerador, y han sido mi sostén en momentos difíciles.

Esta llegada al final de un camino, significa el comienzo de uno nuevo, el cual lo he esperado toda mi vida con gran anhelo. El esfuerzo de haber logrado finalizar el estudio de esta carrera de grado que es abogacía fue y es mucho, pero se ve recompensado con el logro obtenido.

Tengo el agrado de ser uno de los alumnos que me inicié en mi provincia cuando la Universidad comenzaba a funcionar en la ciudad de Corrientes, lo cual me trae una mayor responsabilidad para representarla como debe ser, y estar a la altura de los profesionales que representan a esta gran Universidad, por ser uno de los primeros alumnos formados y recibidos en esta institución.

Quiero agradecer a los distintos profesores que me acompañaron a lo largo de toda la carrera, ya sea por vía de tele clase o personalmente cuando he rendido los diferentes exámenes presenciales en la ciudad de Córdoba.

A toda la Universidad y su gente que siempre ha sabido guiarme para poder lograr este tan esperado por mí, título universitario.

Solo quiero terminar diciendo que siempre serán parte de mi a lo largo de toda mi vida, solo quiero decir gracias a todos.-

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se abordará el tema de la relación existente entre la responsabilidad por daños y el Derecho de Familia. En particular, se pretende determinar los daños producidos en la persona del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente por su progenitor.

Son muchas las razones que han motivado realizar el presente tema, considero que el derecho de familia ha asistido a una verdadera evolución en materia de responsabilidad en nuestro país como en el derecho comparado. El tema que se aborda, es sin duda, fundamental en la disciplina que nos ocupa, ya que la responsabilidad civil que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico, emana del atributo de bilateralidad de la norma, al establecer la obligación del sujeto de acatar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de hechos suscitados a consecuencia de sus propias acciones/omisiones, con afectación negativa en la esfera jurídica de otras personas.

La responsabilidad que le cabe a los progenitores ante la falta de reconocimiento paterno de los hijos, cuestión que incluye tanto los supuestos en los cuales el padre se sustrae a reconocer voluntariamente a su descendencia, como así también a la madre, cuando dicha falta de reconocimiento proviene de una conducta propia, la que se verifica cuando obstaculiza al no permitir la identificación del padre, o no ejerce la acción de filiación en representación de su hijo.

En efecto, la falta de emplazamiento y el consecuente daño que ello puede ocasionar, vulnera un derecho personalísimo y concretamente configura una violación al derecho de identidad biológica. Tal derecho aparece consagrado en los Tratados Internacionales Sobre los Derechos del Niño, los que confieren a los hijos el derecho de conocer a sus progenitores y a tener su identidad.

Este trabajo se dirige a propiciar la introducción de la responsabilidad civil por la omisión del reconocimiento de la paternidad voluntaria del hijo extramatrimonial, y sus consecuentes daños materiales y o morales.

El tema que se invoca, se funda en la evolución experimentada en el mundo jurídico hacia la consideración de la persona como centro de protección, quedando atrás una concepción del Derecho de contenido patrimonial y carente de valores humanos. Este nuevo enfoque posibilita el desarrollo del derecho hacia la persona, surgiendo la necesidad de destinar los esfuerzos al estudio de variados aspectos íntimamente vinculados, como el daño a la persona.

La doctrina Argentina, al igual que las que corresponden al derecho continental europeo se han limitado a tratar puntualmente los temas que los tribunales debían decidir, o habían resuelto en base a principios generales, ya que en los códigos decimonónicos no existen normas específicas sobre el tema, salvo algunas relativas a la responsabilidad por nulidades matrimoniales, que hacen reenvíos parciales al régimen de la responsabilidad y sólo en algunos modernos ordenamientos de fines del siglo XX hay contempladas disposiciones al respecto.

El ilícito en el ámbito familiar presenta un perfil *interno* que se desarrolla entre los miembros de la familia, atento a que el daño que se analiza es entre el padre no reconociente y el hijo extramatrimonial. En los daños infringidos entre los integrantes de un grupo familiar, una de las cuestiones más arduas, es la forma de coordinar dos aspectos del ordenamiento privado: las normas del derecho de familia y del ilícito civil.

Durante mucho tiempo se negó la posibilidad de reclamar daños emergentes de las relaciones de familia. El argumento de la irresponsabilidad de los autores de los perjuicios se sustentaba en que ese tipo de indemnizaciones atentaban contra la armonía propia del núcleo familiar.

Sin embargo, ha sido la misma jurisprudencia que en un momento se mostró reticente a aplicar las normas de responsabilidad civil a las cuestiones procedentes de la filiación, la que en el año 1988, con el caso "E., N. c/ G., F. C. N.", abre la puerta a esta alternativa, constituyéndose el caso en cuestión en el pionero en materia de resarcimiento de daños emergentes de las relaciones paterno-filiales. Año en que la titular del Juzgado Nro. 9 en lo Civil y Comercial en San Isidro, dictó el primer precedente jurisprudencial en nuestro país.

Se analizará la evolución del Derecho de Familia y su influencia en el Derecho de Daños en el derecho nacional y comparado, y se reseñará los modernos principios de la responsabilidad civil y su recepción en la responsabilidad familiar por daños.

En el presente trabajo se desarrollará las fuentes del Derecho de Daños, bases esenciales a las cuales se las toma al momento de modificar la legislación moderna, y en especial en el Derecho de Familia Latinoamericano.

Se seguirá luego por analizar las posiciones contrarias sobre el reconocimiento del daño dentro del seno de la familia, donde la corriente positiva tiene mayor cabida dentro de las opiniones doctrinarias.

Luego y siendo indispensable determinar los presupuestos para la configuración del daño, se realizará una descripción de los mismos y su influencia para la determinación del daño en el niño no reconocido voluntariamente.

Así como hablaremos del daño y sus presupuestos, nos detendremos en los distintos eximentes de la responsabilidad y si le caben y en qué casos al progenitor no reconociente.

Luego en este trabajo se determinará quienes son las personas que se encuentran legitimadas para la acción de daños y contra quienes se la debe emplazar, como así también sobre los plazos para la presentación ante los tribunales para evitar la prescripción de la acción judicial. Para lo cual se tendrá en cuenta los datos más significativos de las sentencias emblemáticas en esta materia en nuestro país.

En conclusión, se intentará de dilucidar en el presente trabajo si el hecho de la falta voluntaria de reconocimiento de la paternidad puede por sí mismo ocasionar daños en el sujeto no reconocido, qué tipos de daños son susceptibles de ser ocasionados; y si éstos deben o no ser reparados por dañador en virtud de la concurrencia con los presupuestos de la responsabilidad civil.

CAPITULO 1

PRINCIPALES FUENTES DEL DERECHO DE DAÑOS

EL DERECHO ROMANO

El derecho romano es el mayor legado que este pueblo extraordinario hizo a la humanidad. Pensamos esto porque creemos que la identidad cultural de Occidente se estructura en tres pilares básicos: la filosofía griega, la religión judeocristiana y el derecho romano. Pertenece a Occidente y no seríamos quienes somos sin el derecho romano.

En el primitivo derecho romano y la Ley de las XII Tablas también se encuentran ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños múltiples: por ejemplo el incumplimiento de una parte de su promesa, obligaba a esta a pagar el doble (Tab. VI.2); una víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad del interés usurario en la medida del exceso permitido (Tab. VII.18); o en el caso del depositario infiel debía indemnizarse el doble del valor depositado (Tab. VIII.19).

Más adelante el mismo derecho va más allá y califica al Talión como un “giro copernicano” que, no sólo incide en el derecho, sino que deja sentir su benéfico influjo en la dulcificación de los sentimientos sociales, posibilitando un planteamiento más en consonancia con la adecuación *delito-sanción-reparación*, y con ello la ruptura del automatismo que impedía la apreciación de los factores modificativos de la responsabilidad. Así por ejemplo el libro del Deuteronomio 24,16 dice: “No serán ejecutados los padres por las culpas de los hijos ni los hijos por las culpas de los padres; cada uno será ejecutado por su propio pecado.” En la ley de las XII Tablas, ley de la tabla VII, se legisla “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*” es decir que ante la lesión de una parte del cuerpo y no hay arreglo, recién se aplica el Talión.

Incluso durante un tiempo parte de esta composición iba a parar a manos del municipio. La ley de las XII tablas para los hermanos Mazeaud: “representa una época de transición entre la fase de la composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria: la víctima de un delito privado está en libertad, unas veces para satisfacerse mediante el ejercicio de la venganza personal o por la obtención de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente; y obligaba, en otras a aceptar el pago de la suma fijada en la ley. Pero esa suma sigue siendo esencialmente el precio de la venganza, una composición una *poena*; es una pena privada. El derecho romano no llegará nunca a librarse completamente de esa idea, a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización”. (MAZEAUD y LEON ,1977)

La ley Aquilia es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, a tal punto que en cualquier manual de texto se utiliza la expresión responsabilidad aquiliana como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Debe su nombre al tribuno Aquilio quien realizó el plebiscito, según cuenta Ulpiano. Era sin embargo una ley que sobre todo reglamentaba la revancha o venganza, consistente en reconocer a un derecho a causar al responsable los mismos daños económicos sufridos.

Esta ley constaba de tres capítulos de los cuales nos interesa destacar el primero y el tercero, ya que el segundo como lo dice el mismo Digesto cayó pronto en desuso. El primer capítulo dice que “quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un cuadrúpedo o a una res, será condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año”. El tercer capítulo dice: “respecto de las demás cosas, fuera del esclavo y res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro porque hubiese quemado, quebrado o roto injustamente, será condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en los treinta días próximos”. Tanto en el primer capítulo como en el tercero la palabra que se destaca es “injusto o injusticia”. El Digesto explica que por “injusticia” debe entenderse “no como cualquier clase de ofensa, como respecto a la acción de injurias sino lo que se hizo en desacuerdo con el derecho, esto es contra el derecho, es decir, si alguien hubiese matado con culpa y así concurren a veces ambas acciones, pero habrá dos estimaciones, una la del daño, otra la de la ofensa. De ahí que entendemos aquí *por injuria el daño ocasionado con culpa incluso por aquel que no quiso dañar*”.

Los tipos de daños intencionales que reconocía el derecho romano pueden ser resumidos de la siguiente manera. *Damnum iniuria datum*: comprende todos los daños ocasionados a las cosas, que debía suceder por un hecho contrario a derecho. Si bien en un principio se admitía únicamente para daños intencionales luego se amplió para hechos culposos. Lesiones corporales y muerte de una persona: el Digesto en un texto de Ulpiano dice que se reconoce acción a la persona libre, y no sólo al esclavo como en un principio, porque nadie es dueño de sus miembros. Daños causados por animales: los daños que causaban los animales no estaban reconocidos únicamente por la ley Aquilia. Ya la ley de las Doce Tablas, que se deroga casualmente por la ley Aquilia, regulaba los daños causados por los cuadrúpedos ordenando entregar el animal que causó el daño u ofreciendo la estimación del daño. Dolo: como la ley Aquilia sólo concedía acción en los casos de daños al cuerpo (*corpore*) los demás perjuicios sólo obligaban al autor del daño en caso de dolo, aunque tampoco se fijó con carácter general el principio de que todo daño causado con dolo debe ser reparado. Injuria: esta acción tenía por objeto una pena privada, para un gran número de casos como ser algunos ataques al honor o la personalidad, pena que se medía en relación con el perjuicio experimentado. (DIEZ PICAZO, 1999)

Cuando tiene lugar la caída de Roma y se produce en Europa lo que se conoce como el oscurantismo los textos romanos se pierden durante siglos y recién son redescubiertos en el siglo XI, en que comienzan a ser estudiados. Coincide este descubrimiento con la fundación de la primera universidad en Bolonia en 1088 desde donde se empieza a interpretar y comentar estos textos. Los primeros comentaristas, además de realizar las correspondientes anotaciones a los casos que discutían, comenzaron a sintetizar sus discusiones en frases cortas, que son conocidas como glosas. De ahí el nombre de estos primeros comentaristas como glosadores. Los más conocidos son Bartolo y Baldo. Uno de los puntos más interesantes de este período es el intento por reelaborar la ley Aquilia, despojándola de su carácter penal.

También se comienza a limitar la indemnización de los daños al perjuicio o mal efectivamente sufrido. En la Edad Media también se nota la influencia de la Iglesia Católica y del derecho canónico, y en lo tocante a la responsabilidad civil se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado y la culpa pasa a tener un papel cada vez más importante. Así con posterioridad a los glosadores hace su aparición la escuela del

derecho natural, con Grocio y Puffendorf que producen una profunda transformación en el derecho romano, siendo sus postulados recibidos por los franceses Domat y Pothier quienes directamente elaboran el concepto de que no hay responsabilidad sin culpa.

EL DERECHO FRANCES

El mayor mérito de este sistema fue haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, y por lo tanto, haber estado en condiciones de establecer un principio general de responsabilidad civil; con la ayuda de las teorías de los jurisconsultos romanos, más o menos exactamente interpretados, consiguieron así un resultado que estos últimos no habían podido alcanzar. A su vez el derecho francés otorga a la culpa el lugar de elemento de la responsabilidad civil que no había tenido en el derecho romano, en el que la injuria implicaba la culpa.

Lo que sorprende desde un comienzo es que no se encuentre, ni en materia delictual, ni en materia contractual, un texto legal de alcances generales, que establezca el principio de que quien causa un daño a su prójimo, en determinadas condiciones, debe repararlo. Resulta suficiente para comprenderlo, con recordar cómo y por qué intervino el legislador. Se trataba de ponerle fin a la venganza corporal, de reemplazarla por el pago de una suma de dinero. (RABINOVICH-BERKMAN, 2001)

El que había obrado ilícitamente, pues, tenía la obligación de indemnizar al que sufriera las consecuencias de su acción. “Indemnizar” era volver al otro “indemne”. Esto es literalmente, “no condenado”, “absuelto”. Pero por el giro que fue tomando la expresión “daño”, fue queriendo significar “sin perjuicio”. Esta acepción ya se registra en el pasaje de la República al Principado, pues con ella aparecen los sustantivos “indemne” e “indemnidad” en Cicerón y Séneca. El ideal de la indemnización era la “restitución integral”, que abarcaba la totalidad de los perjuicios. (RABINOVICH-BERKMAN, 2001)

Lo dicho en el párrafo anterior, se justificó en ese momento en dos hechos. En primer lugar la culpa es la expresión jurídica del principio económico del *laissez faire*, y

además “cumple el mismo papel ideológico que desempeñan en otros sectores del ordenamiento el dogma de la libertad contractual y de los omnímodos poderes del propietario. En segundo lugar, el especial acogimiento de la sociedad a la culpa. La culpa es un acto configurado como una mancha, que justifica la sanción y crea una responsabilidad. (BUSTAMANTE ALSINA, 1972)

La Revolución Francesa no sólo marca el fin la monarquía, no es un mero cambio de gobierno, sino también el triunfo del Iluminismo, que pregonaba el triunfo de la razón por sobre todas las cosas y la ilusión del hombre de poder dominar y conocer todo. Esta corriente de pensamiento tuvo en la Enciclopedia su correlato científico y en la Codificación el jurídico, y no hace falta decirlo que entre los Códigos dictados por la Revolución Francesa, el Código Civil es el código estrella. Someramente lo describimos a continuación porque fue la principal fuente legislativa de inspiración de Dalmacio Vélez Sársfield.

Se puede decir que el Código Civil francés tiene las siguientes características en cuanto a la responsabilidad extracontractual (arts. 1382 a 1386): a) Obligación general de responder por el daño causado a otro; b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa: no hay responsabilidad sin culpa; c) la culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia; d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) sin daño no hay responsabilidad civil, f) la obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva del daño causado. En cuanto a la responsabilidad contractual (arts. 1137, 1147 y 1148) los principios son: a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasiona al acreedor el incumplimiento de la obligación, b) el incumplimiento de la obligación importa la presunción de culpa del deudor. c) La culpa se juzga en abstracto, d) No existe graduación de la culpa en relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor. A la enumeración que realiza Bustamante Alsina, nos permitimos agregar que el Código no menciona la posibilidad de reparar el daño moral, ni en forma extracontractual ni contractual, sin embargo esto no ha sido obstáculo para su reconocimiento jurisprudencial. (BUSTAMANTE ALSINA, 1972)

Si se tuviera que definir al Código Francés en pocas palabras, se podría decir que es un sistema de atipicidad del ilícito, o con cláusula abierta, centrado en la culpa, y con

dualidad de regímenes contractual y extracontractual. Resulta así porque no cumplir el deber de comportarse con diligencia es a la vez culpa (falta de diligencia) e ilicitud (violación de un deber legal).

EL DERECHO ALEMÁN

El Derecho Alemán siguió una evolución distinta frente al Código Civil Francés, sus juristas de la Escuela Histórica y luego con la Pandectística, discuten basados en la interpretación rigurosa de los textos romanos y de un rechazo de las deformaciones que en ellos había introducido el Derecho Común, la generalización de la responsabilidad por culpa que el iusnaturalismo había llevado a sus consecuencias más extremas. (DIEZ PICAZO, 1999)

Las notas más salientes del Código Civil Alemán en lo tocante a la reparación de actos ilícitos son:

- No existe una cláusula general de responsabilidad por culpa como en el sistema francés. De acuerdo al artículo 823, se deben indemnizar aquellos daños causados en forma antijurídica, con dolo o culpa, pero que afecten “la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona...” Es un sistema muy cercano a la tipicidad (*enumerationsprinzip*). Los derechos mencionados son los que se entienden como absolutos. Como vemos hay una gran restricción, a pesar de que jurisprudencialmente se haya atenuado el rigor primitivo del Código.
- Sí existe de acuerdo al art. 826 un principio de responsabilidad general por dolo, tal como ya habían descubierto los romanos: “Quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño.” No sólo el daño debe ser doloso, sino además atentatorio contra las buenas costumbres.

- El daño moral también es muy limitado. Según el art. 847 “En el caso de lesión en el cuerpo o en la salud, así como en el caso de privación de libertad, el perjudicado puede exigir también una indemnización equitativa en dinero a causa del daño que no sea daño patrimonial. La pretensión no es transmisible y no pasa a los herederos, a no ser que haya sido reconocida por contrato o que se haya convertido ya en *litis pendente*.”

Las razones de esta reglamentación fuertemente individualista y restrictiva con la víctima, no sólo se explican por razones jurídicas, sino porque al igual que en el *common law*, y en el derecho francés, el objetivo era impedir que resultara extraordinariamente gravoso para el capitalismo, todavía incipiente en Alemania en el final del siglo, un sistema de responsabilidad que fuera especialmente riguroso. (DIEZ PICAZO, 1999)

Se puede observar como la protección de la propiedad y la del patrimonio predominó ampliamente sobre la idea de la reparación y la compensación.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS

La evolución de la responsabilidad civil tiende a reconocer y elevar al rango de una de sus premisas básicas, la procedencia de una reparación por daño moral, lo que va a constituir una admirable conquista por mejorar la tutela personal. Sin embargo, subsisten en nuestra teoría del daño moral, una serie de vacíos y de problemas cuya solución aun no es nítida.

En efecto, aun después de transcurridos varios años desde que el principio de reparación de este daño –al menos en el ámbito contractual- ha sido acogido, no es posible encontrar consenso en este punto. Y es que, ciertamente, la precisión de una noción de daño moral encuentra su dificultad en la confluencia de una serie de factores que la agravan de manera importante.

Así, por lo pronto, no existe ni siquiera unanimidad terminológica para referirse a esta clase de perjuicio. La denominación más usual en la mayor parte de los sistemas como el Germánicos (España, Chile, Argentina, México), entre otros es la de daño moral. Siguiendo la nomenclatura francesa que opone al daño material el moral. Otros, como en Italia, le denominan daño no patrimonial, daño inmaterial en Alemania o aun daño no pecuniario (pecuniary loss) como acontece en el Common Law. Y si se trata del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual, los adjetivos empleados son también variados: daño moral contractual, daño moral derivado de incumplimiento, daño moral derivado de contrato.

Esta diversidad terminológica no es meramente anecdótica sino tremendamente reveladora de la complejidad que presenta esta noción de daño, confrontarla con otra categoría, en principio antagónica, como es la de daños patrimoniales materiales. Esta distinción teóricamente nítida es en la práctica, bastante más oscura desde que los alcances económicos del perjuicio alcanzan mejor el efecto del daño que con el daño, mismo. Así, la pérdida de un bien o derecho no patrimonial puede producir consecuencias económicas importantes, como lo pone de manifiesto el ejemplo doctrinario clásico de la pérdida de un miembro importante de la víctima cuyas secuelas en su capacidad laboral y posibilidades de remuneración son más que evidentes. Y lo mismo puede demostrarse en el sentido inverso, esto es que los daños materiales pueden perfectamente causar pesar o aflicción como la pérdida de algún bien que trae recuerdos de familia o vivir traumatado y humillado al no contar con el reconocimiento del padre.

No es de extrañar entonces que, por todos los motivos expuestos, la variedad de concepciones doctrinales y jurisprudenciales propuestas sea absoluta, pues van desde quienes les niegan toda autonomía al daño moral incluyéndole en otras categorías de perjuicios hasta quienes los configuran como una categoría de perjuicios muy amplia y que, por ello, comprende a su vez varias subespecies.

Con todo, alguna evolución pueden percibirse en la materia, aunque con la prevención de que ella es perceptible de manera nítida, principalmente en sistemas derivados del Código Civil francés. Así, resulta inadmisibles en el presente toda concepción que circunscriba el daño moral a las consecuencias no económicas del

perjuicio patrimonial desde que, como se ha advertido, la tutela de los bienes e intereses extrapatrimoniales se justifica por sí misma. Este es precisamente uno de los grandes progresos de la evolución habida en general en materia de responsabilidad civil.

Tampoco prestan ninguna utilidad todas aquellas nociones que, afirmando la autonomía del daño moral, le definen de forma negativa, por contraposición al daño patrimonial, esto es, en síntesis, aquellas que entienden que la clase de perjuicio en estudio está constituida por todo lo que no es patrimonial.

La concepción mayoritariamente acuñada en nuestra jurisprudencia, como puede percibirse en las siguientes definiciones dadas por nuestros tribunales: “daño moral es el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más cercanos” o daño moral consiste en el dolor psíquico, y aun físico –en sufrimientos, en general- que se experimenta a raíz de un suceso determinado.

En efecto, sin perjuicio de reconocer la utilidad que esta noción ha representado para la teoría del daño moral, puesto que ciertamente es la sensibilidad ante el dolor ajeno que ella pone de manifiesto la que ha presionado, al menos desde un punto de vista psicológico, en favor de la concesión de algún tipo de reparación ante tal tipo de perjuicios. No obstante, ella se revela como excesivamente estricta en cuanto no permite explicar las indemnizaciones que, en concepto de perjuicio moral, se conceden ante la violación de bienes tan importantes como el honor o la intimidad personal o familiar o, más en general, de los atributos de la personalidad. Allí, en verdad, la reparación se concede porque significan un quebranto de los atributos de la personalidad que el derecho tutela, con independencia de que produzcan o no una repercusión psíquica en el perjudicado. En otras palabras, el solo menoscabo efectivamente acreditado de esos bienes genera el derecho a obtener una reparación por parte del perjudicado, al margen de sus consecuencias espirituales.

En cuanto a la nomenclatura, aunque el rigor teórico pareciera aconsejar el abandono del adjetivo “moral”, inductivo a entender tal perjuicio como de orden espiritual. Su empleo habitual en las sentencias, en los comentarios doctrinales o en las propias leyes, recomienda su mantenimiento, denominación universalmente conocida, a

condición de que se emplee en un sentido amplio; equivalente al daño extrapatrimonial o no patrimonial.

En cuanto a su contenido, por otra parte, los esfuerzos por dar una definición absoluta del daño moral se han revelado infructuosos y aun podríamos decir que son inútiles. Por un lado, porque la tendencia más acusada del Derecho contemporáneo es la de reparar todo dolor, incluso hasta la exageración, de suerte que una delimitación estricta resulta difícil. Por otro lado, porque en verdad se trata de una noción esencialmente relativa, en estricta dependencia con el nivel de tutela jurídica que se estima indispensable conceder a la persona. Bien puede resumirse esta idea en la premisa de que a mayor conciencia social de esa protección, mayor número de hipótesis serán consideradas como de daño moral.

Por lo mismo, su definición ha de ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica- como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, esto es como todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente.

EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

En América Latina la regla general es que los distintos derechos nacionales adopten actualmente sistemas bipolares de daños resarcibles, integrados por los daños materiales o patrimoniales (daño emergente, lucro cesante), y por el daño no patrimonial, usualmente llamado “daño moral”.

El Estado Jalisco, en su Código Civil establece en sus artículos 1391 al 1394, la reparación del daño moral. El artículo 1391 dice, que la violación de cualquiera de los derechos de la personalidad produce el daño moral, que es independiente del daño material. El responsable del daño tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización pecuniaria.

Por su parte el artículo establece, las bases para la indemnización. Esta indemnización será determinada por el juez competente, quién tomará en cuenta las siguientes circunstancias: La naturaleza del daño. Los derechos lesionados. El grado de responsabilidad. El nivel de vida del responsable. El grado de repercusión de los daños causados. Y los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño.

En el código civil venezolano se recoge en su artículo 1.196 que "... la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral, causado por el acto ilícito. El juez puede especialmente acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada..."

Daño moral en el ordenamiento cubano El artículo 38 del Código Civil establece: La violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecten al patrimonio o al honor de su titular, confiere a titular o a sus causahabientes la facultad de exigir:

- El cese inmediato de la violación o la eliminación de ser posible.
- La retractación por parte del ofensor.
- La reparación de los daños y perjuicios causados.

El Código Civil Peruano reconoce como categorías de daños resarcibles el daño emergente, lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Su artículo 1985 reza "...la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En Guatemala, su Código Civil sólo acepta la resarcibilidad del daño no patrimonial o moral en dos hipótesis particulares. Así su artículo 1656 dispone que en caso de difamación, calumnia o injuria, la reparación se debe determinar "...en

proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron”, y en el artículo 225, ubicado dentro de las reglas relativas a la paternidad y filiación extramatrimonial, establece que “...la madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso, o de minoridad al tiempo de la concepción”.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Durante el siglo XIX y hasta bien avanzado el siglo XX no se admitía ningún tipo de indemnización entre los miembros de la familia por daños producidos entre ellos, motivados por los diferentes conceptos que se tenían tanto de la responsabilidad civil, como del derecho de familia.

El Derecho de Familia estaba basado en la autoridad del Padre, el estado tenía poca injerencia en el seno de la familia, los poderes patriarcales y maritales eran cuasi omnímodos, la mujer no tenía igual derecho que el hombre, los niños eran considerados personas solo en la letra de la ley, la patria potestad era concebida como un conjunto de derechos, no existía la posibilidad de contratación entre cónyuges y la autonomía de la voluntad no tenía ninguna cabida en la organización familiar. Con esa concepción de la familia era muy difícil admitir que se conminara a la reparación del daño producido por uno de sus miembros a otro de ellos, ya sea a consecuencia de un ilícito extracontractual o de un daño surgido de una relación contractual.

Si bien todo el derecho privado ha evolucionado en estos últimos años, el derecho de familia es uno de los que particularmente ha sufrido más transformaciones, derivado en gran medida de la evolución de las costumbres, y del cambio en las reglas morales.

Uno de los cambios más importantes es la evolución de una estructura familiar jerárquica basada en el dominio del Padre de familia a una estructura igualitaria, en la

cual la mujer y el marido se encuentran colocados en una posición igualitaria tanto en el gobierno de la familia como en la contribución a su sostenimiento.

Por otra parte existe un menor énfasis en la idea de concebir a la familia como una estructura unitaria, mientras se pone el acento sobre la autonomía individual de cada uno de los integrantes de la familia, a partir del reconocimiento de la personalidad singular como individuos. Esta circunstancia en el ámbito conyugal permite que los cónyuges contraten entre sí, y por lo tanto que se le apliquen las reglas de la responsabilidad contractual, y al mismo tiempo que respondan con sus propios bienes o con los gananciales de su administración por las obligaciones por ellos contraídas.

El pasaje de la familia patriarcal a la familia nuclear, ha requerido de infinidad de normas que establecieran la igualdad de los cónyuges, en los diferentes aspectos familiares, pero hay otros supuestos que no están dados por normas específicas sino que se deducen de tal principio y que tienen importancia a los fines de nuestro estudio, entre ellos se encuentra el valor dado al trabajo doméstico. Durante años el trabajo doméstico de la mujer ha sido considerado a título gratuito o sin valor, hoy sin que exista una norma particular sobre el valor del trabajo doméstico, este se lo acepta con un contenido económico que influye a la hora de la reparación de los daños.

En definitiva la existencia de una familia patriarcal ha llevado a que durante años se privilegiara la estructura familiar y se impidiera la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil en el seno de la familia.

Por otra parte el fin de la responsabilidad era el castigo del responsable, que se fundaba en la existencia de culpa, noción que es desarrollada en los siglos XII y XIII, que viene a coincidir con la idea de moral cristiana que han de elaborar los canonistas; en otras palabras, la culpa llega a ser concebida como una “falta moral”, distinta del dolo que da lugar al delito, hasta que Domat en el siglo XVIII desarrolla la idea de que *todo el que por su culpa causa un daño, debe responder.*

En esta concepción de la familia y del sistema de la responsabilidad civil era impensable la reparación del padre que dañaba a su mujer o a sus hijos ya que no existía culpa en estos actos, sino el cumplimiento del deber de corrección derivado del ejercicio

de la autoridad marital y de la patria potestad. Si a ello le agregamos que el derecho de familia era concebido como una rama del derecho autosuficiente advertimos porque fue tan difícil que se abriera paso la obligación de reparar de los daños causados entre los miembros de la familia.

En la actualidad la evolución del derecho de familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto a la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico. El sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño - dolosa o culposamente - a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar.

Hoy en día a la luz de los precedentes jurisprudenciales y de la doctrina vemos que se ha eliminado la idea que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes y que se ha desechado completamente la concepción de que la especialidad del derecho de familia impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil. Lo que ocurre es que los principios clásicos de la responsabilidad civil han sufrido una evolución así como también se ha evolucionado en la concepción del derecho de familia. Por lo tanto se intenta entender en qué medida, los nuevos principios de la responsabilidad civil se aplican en el derecho de familia moderno basado en la igualdad de los cónyuges, en la patria potestad como una función, en la desaparición de desigualdades entre los miembros de la familia.

El hijo tiene derecho a ser reconocido por su progenitor. Todo ello como consecuencia de que el acto de reconocimiento de un hijo constituye un derecho-deber, en nuestro ordenamiento jurídico, no pudiendo el progenitor desconocer esa realidad biológica. Por ello, la omisión de tal conducta por parte del progenitor importa un obrar ilícito, dando lugar a la reparación por los principios generales de la responsabilidad civil, si se demuestra que tal omisión provocó un daño material o moral a la víctima.¹

¹ : Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala II (CCivyComCorrientes)(Salall) ~ 2006/03/07 ~ A., E. C. y otro c. F. R., J. A.

La reparación de los daños entre los miembros de la familia podemos considerarlo como un principio aceptado después de una lucha de años, y que se abre paso en el ámbito jurídico.

Los daños y perjuicios por el no reconocimiento de la filiación deben ser admitidos en nuestro derecho positivo, pues no obstante la ausencia de normas expresas en la materia, por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, si se demuestra el daño corresponde la reparación.²

La admisión de este principio general, es el punto de partida para así poder hablar de una reparación integral entre los miembros de una familia; y no dejar indemne aquellos actos ilícitos, por el solo hecho de que fueron cometidos dentro de la misma.

² Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I (CCivComyMineriaSanJuan)(Salal) ~ 2006/08/18 ~ V., R. E. c. P., H. F. M.

CAPÍTULO 2

EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO DENTRO DE LA FAMILIA

DEBATE DOCTRINARIO

La doctrina se divide entre quienes niegan y quienes se inclinan por admitir la reparación del daño causado en el seno familiar.

En una primera instancia, se consideraba al Derecho de Daños como un área ajena al Derecho de Familia. El fundamento se apoyaba en la protección de la estructura familiar, la cual podía resultar vulnerada ante la exteriorización de daños producidos entre sus integrantes en el mundo íntimo. Entre sus defensores se destacan Borda y Llambías (1993).

En cambio, los partidarios de admitir la responsabilidad civil en las relaciones de familia tienen en consideración las características de la familia actual, dentro de la cual sus miembros se relacionan en un plano de libertad e igualdad y, bajo el respeto de dos valores fundamentales: el amor y la humanidad. En consecuencia, no es válido impedir la reparación del daño injusto causado a cualquiera de sus miembros, con fundamento en la protección de la integridad familiar. Entre los juristas defensores de esta postura, se encuentran Zannoni (1990), Méndez Costa (2001), Belluscio (1983), Mosset Iturraspe (2001), Alterini (1991), entre otros.

Como lo expresa Mosset Iturraspe (2001), se advierte la presencia de una doctrina intermedia que considera viable responder, cuando el daño injusto reconoce como factores el dolo o la culpa grave.. Esta postura se encuentra contenida en el Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1998 en su artículo 1686: *“Casos en los que se exige dolo o culpa grave. Artículo 1686 – Aplicación: Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: a) Si el daño, en los casos en que está justificado, se produce en el*

ámbito de las relaciones familiares...”. Por su parte el artículo 1604, del Proyecto aclara: *“La falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo”*.

Si bien la idea de reparación de los daños y perjuicios entre miembros de una familia tuvo durante mucho tiempo una gran resistencia, por considerarla atentatoria de la armonía de dicho ámbito, hoy prevalece el criterio favorable a su admisión, abarcándose entre los posibles supuestos la pretensión resarcitoria emanada de la falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que en fallo dictado con fecha 28 de Abril de 1998, por mayoría de votos, entendió que la falta de reconocimiento del progenitor es un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil, y por ende, derecho a la indemnización a favor del hijo menor afectado. De igual manera, se pronunció en el sentido que “las particularidades del Derecho de Familia no pueden servir de sustento para denegar la reparación del daño moral ante la negativa del padre a reconocer a su hijo, ya que, los principios de la responsabilidad civil están determinados con carácter general, por lo cual, su inaplicabilidad a las violaciones o incumplimientos de las obligaciones propias de la instalación paternal, requeriría una norma expresa al respecto.

Al estudiar el tema del daño moral se analiza la indemnización del daño moral según el Derecho Privado Europeo, y en tal sentido apunta la doctrina que la reparación pecuniaria o la indemnización en dinero por daños extrapatrimoniales no harán desaparecer los sufrimientos, aunque se debe consentir que tales sentimientos pueden mitigarse con la satisfacción a la víctima de los perjuicios recibidos.

Brebbia caracteriza el daño moral como “la lesión a un bien o interés extrapatrimonial o, si se quiere mayor precisión, como la violación de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, ya que lo que caracteriza al daño jurídico es la conculcación o menoscabo producido a la protección que el derecho otorga al bien que recibe la tutela”. Conforme a esta definición y teniendo en cuenta que los derechos y deberes que forman el derecho de familia son, en su mayor parte, de

orden extrapatrimonial; conducen al jurista a sostener que la teoría del daño moral es de suma importancia en este ámbito del derecho. (BREBIA, Roberto, 1991)

A pesar del reconocimiento legislativo, doctrinal y jurisdiccional en España, existen autores reacios a su admisión, GAYOSO ARIAS, resume perfectamente los perjuicios doctrinales de la época al reconocimiento del daño moral independiente a cualquier otro, porque la reparación es imposible y ad impossibilia tenetur. (GAYOSO ARIAS, 1918)

Esta línea considera que la única indemnización posible en materia de daños morales es la de displacing compensation, siendo que el dinero solo puede hacer, y en realidad es su única función en la indemnización por daños morales, es ofrecer unos bienes de diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que, aunque sea diferente sea favorable.

A pesar de este amplio criterio jurisprudencial, existe un sector que opina que el dinero no puede servir para el restablecimiento de bienes personalísimos. Así encontramos quienes admiten la posibilidad de otorgar indemnización por daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento de un hijo y quienes no lo hacen, indicando que los últimos argumentos de los partidarios de la tesis negativa han sido desarrollados por el Juez de la Corte Suprema de Buenos Aires, el Dr. Pettigiani, cuya posición es en la actualidad minoritaria. Considera el magistrado que en nuestro sistema legal no resulta admisible la acción del hijo contra sus padres por indemnización de daños y perjuicios en tanto se encuentre vigente y plenamente operativo el vínculo derivado de la patria potestad respecto de aquél.³

La TESIS NEGATIVA sostiene que:

- El reconocimiento es un acto voluntario, no obligatorio, y si no ejercicio no puede generar obligación de reparar.⁴

³ SCJBA, "P. M. D. c/ A. E. s/FILIACIÓN Y DAÑOS Y PERJUICIOS". Ac. 64506. 10/11/98

⁴ SCJBA, 17-3-92; minoría en fallo del 28-4-98, E.D. del 16-2-99.

- El no reconocimiento no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo el progenitor sobre su actitud, puede llegar a establecerse un vínculo perdurable con respecto a su hijo, que el derecho debe alentar y de ningún modo clausurar, teniendo en cuenta el interés familiar como el del propio menor.⁵
- La falta de reconocimiento ya tiene sanción en la pérdida del derecho de usufructo de los bienes del hijo y en la indignidad.
- Existe específica regulación del Derecho de Familia.
- Orgaz afirma la imposibilidad de indemnizar a los niños y a los dementes el daño moral pues, a su juicio, ni los unos ni los otros perciben las penurias de este tipo. (ORGAZ, 1952).

LA TESIS POSITIVA mantiene que:

- El reconocimiento, si bien es un acto voluntario, no puede ser realizado arbitrariamente.
- El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación, y para tenerla debe ser reconocido.
- No existe interés del niño a ser dañado ni existe familia alguna entre el no reconociente, la madre y el hijo no reconocido.
- La indemnización tiene una función reparadora que no se logra con la pérdida del derecho al usufructo de los bienes de los hijos menores (generalmente inexistentes) ni con la indignidad, que no procede de oficio, requiere petición de parte y puede ser purgada por el transcurso de dos años.
- La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del derecho ni impide la aplicación de los principios generales del derecho.
- La indemnización del daño moral es satisfactoria de un interés extrapatrimonial que la sufre el menor de escasa edad, y el demente, en

⁵ Pettigiani, minoría en fallo del 28-4-98, E.D. del 16-2-99.

igual medida que un mayor de edad o un cuerdo. El resarcimiento en estos casos, no debe considerarse como un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo a un bien jurídico que también se atribuya a los incapaces. (ZANNONI, 1996)

- El desvalor subjetivo que se produce en la persona está más allá de lo que siente, se proyecta sobre su espiritualidad, quebrantando su incolumidad y cercenando sus posibilidades intelectuales. (PIZARRO, Daniel, 1996)

LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Si bien en nuestro derecho no existe una disposición legal que resuelva la cuestión específica que nos compete, hay unanimidad de opiniones en reconocer al hijo extramatrimonial una acción contra su progenitor no reconociente, en tanto y en cuanto se ajuste a alguno de los factores de atribución de nuestro sistema jurídico (dolo-culpa).

La Constitución Nacional Argentina de 1994, sienta las bases a seguir para reconocer los fundamentales bienes jurídicos tutelados o reconocidos como objetivo de nuestro sistema, así el art.14 bis fija "la protección integral de la familia", como también el art.75 inc.22 que incorpora una serie de tratados a considerar como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), el Pacto de San José de Costa Rica (1969) y la Convención de los Derechos del Niño (1989), todos incorporados a la Constitución con igual jerarquía.

Así, el Protocolo adicional del Pacto de San José de Costa Rica (1969) expresa, en su art.16, que todo niño, como tal, tiene derecho a la protección de la familia, la sociedad y el estado, y a crecer bajo el amparo y responsabilidad de sus padres, y que, excepcionalmente, el niño de corta edad puede ser separado de los padres.

La Convención de los Derechos del Niño (1989) en su preámbulo anticipa: La familia, es el elemento básico de la sociedad y el elemento natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños. Este niño, para el pleno y

armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Consecuente con ello el art. 7 dispone que el niño tenga derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos y fundamentalmente a preservar sus relaciones familiares. Acá se impone la pregunta, hasta dónde llegan esas relaciones familiares que hay que preservar. Es obvio que se refiere al núcleo básico que integran papá, mamá y sus hijos. Pero el art. 5 acoge el concepto de familia ampliada que va más allá de ese círculo y que debemos vincular con otras expresiones de la convención, tales como medio familiar (art. 20); familiar o familiares ausentes (art. 9 pto. 4); o la del art. 22: el niño tiene derecho a localizar sus padres o a otros miembros de sus familias, a fin de obtener que se reúna con su familia.

Asimismo la citada convención en su preámbulo (sexto párrafo) dice: "... para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". Y el art. 19 dice: "... Todo niño tiene el derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su art. 17 agrega: "... Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y la conveniencia de ellos..."

Por otra parte, se encuentra plasmado en el artículo 19 de la Constitución Nacional el principio romano "*alterum nom laedere*", que traslada la responsabilidad aquiliana o extracontractual a nuestro derecho civil.

DERECHOS DEL NIÑO FRENTE A LA FILIACIÓN

Todo niño tiene un padre y una madre biológicos, pero para que esa relación tenga relevancia jurídica, el nacimiento debe estar inscripto en el Registro Civil de acuerdo a las pautas que establece el artículo 242 del Código Civil, o bien mediante una sentencia judicial que lo declare tal. En lo que al padre respecta, el reconocimiento debe producirse voluntariamente, o de manera forzada a través de una sentencia o por la presunción instituida en los artículos 243 y siguientes del código de fondo.

La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial constituye un hecho ilícito según lo dispuesto en el artículo 1.073 del Código Civil. Y esto es así puesto que viola numerosas normas de los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en nuestro país. No sólo se alza contra los artículos 1.074, 1.077, 1.078, 1.079, 1.109 y concordantes del mencionado cuerpo legal, sino también contra la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional que reza: "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". Es más que evidente que el acto omisivo de no reconocimiento del hijo extramatrimonial es una acción que perjudica a un tercero, en este caso al niño. Asimismo, es atentatorio de lo dispuesto en el artículo 267 de nuestro Código Civil ya que evade la obligación de alimentos y asistencia de padres e hijos, que supone el previo reconocimiento.

La responsabilidad que le cabe a los progenitores ante la falta de reconocimiento paterno de los hijos, cuestión que incluye tanto los supuestos en los cuales el padre se sustrae a reconocer voluntariamente a su descendencia, como así también a la madre, cuando dicha falta de reconocimiento proviene de una conducta que le es imputable, la que se verifica cuando obstaculiza al no permitir la identificación del padre, o no ejerce la acción de filiación en representación de su hijo.

El abordaje precedente merece una previa reflexión en relación al derecho a la identidad. En efecto, la falta de emplazamiento y el consecuente daño que ello puede ocasionar, vulnera un derecho personalísimo, concretamente configura una violación al derecho de identidad personal. Tal derecho aparece consagrado en los artículos 7 y 8 de

la Convención Sobre los Derechos del Niño (1989), los que confieren a los hijos el derecho de conocer a sus progenitores y a tener su identidad. Esta Convención tiene hoy jerarquía constitucional, dado que ha sido incorporada a nuestra Carta Magna mediante el art. 75 inc. 22 (Ley 23849).-

Al tratarse de un ser en permanente formación, el niño busca su propia identidad, y toda frustración o entorpecimiento en esa búsqueda repercute en su persona, en tanto la identidad es el presupuesto que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás componentes de su propio “ser”.

Más aún, está en el espíritu de la ley evitar que un hijo quede sin reconocimiento de los padres; y así establece normas específicas a fin de suplir la inercia o desaprensión de los progenitores, a través de los profesionales que atendieron el parto o, en su caso, a través del Ministerio Púpilar⁶; y también admite el reconocimiento formulado en instrumento privado⁷, da validez al reconocimiento contenido en actos de última voluntad aún formulados en forma incidental; e inclusive, el art. 3.296 bis del Código Civil, reformado por la ley 23.264, establece como causa de indignidad para suceder al hijo, la falta de reconocimiento voluntario del padre o la madre.

La falta de reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial conlleva a la privación del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica, a los caracteres físicos de la persona y a su realidad existencial.

Uno de los caminos para subsanar estas limitaciones es promover una acción de reclamación de filiación extramatrimonial, paso previo necesario para la procedencia de una reparación. En estos casos el “daño a la identidad” es de entidad suficiente para el reclamo, puesto que limita el desarrollo integral del hijo, afectando su proyecto de vida al ser fraccionada en un antes y un después del reconocimiento.

⁶ Código Civil, art. 242, 255.

⁷ Código Civil, art. 248, inc. 2

CAPITULO 3

NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PADRE POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DEL HIJO

GENERALIDADES

La ley civil tiende a que todo hijo sea reconocido, al conferir el derecho a investigar su filiación, ejerciendo las acciones de reclamación de ella⁸. Por otro lado, el principio de igualdad en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera del matrimonio, sólo puede ser asegurado si se facilita y apoya la determinación de la filiación extramatrimonial, y desde el momento en que el hijo es engendrado, nace una filiación biológica y el respectivo derecho a que en el momento oportuno la misma sea revelada, de modo de poder ostentar una filiación jurídica. Tratándose de una filiación extramatrimonial, tal derecho no se satisface con gozar solo de filiación materna o paterna, sino que también tiene derecho a gozar del apellido que resulte de ella⁹.

Por ello la filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente, ya que el deber de reconocer al hijo, es un deber jurídico, aunque el reconocimiento como acto jurídico familiar sea voluntario. El nexo biológico implica responsabilidad jurídica, y quien, por omisión, elude su deber jurídico de reconocer la filiación, viola el deber genérico de no dañar y asume responsabilidad por los daños que cause a quien tenía derecho a esperar el cumplimiento de ese deber jurídico¹⁰. El avance de la ciencia, con el uso de los modernos métodos permite acreditar el nexo biológico con gran certeza superando generalmente al 99 % de probabilidad diagnóstica, y si se trata de posibilidad de exclusión podría alcanzarse el 99,9%. Con estos antecedentes la jurisprudencia nacional ha otorgado derecho al hijo no reconocido para reclamar resarcimiento por el daño sufrido, considerando que debe

⁸ Código Civil, art. 254

⁹ Ley 23054, art. 18. Ley 18248, art. 1

¹⁰ Código Civil, art. 1074

tenerse por acreditado el perjuicio por la sola comisión del hecho antijurídico, consistente en la negativa a reconocer el hijo propio.

El reconocimiento efectuado por el padre es un acto jurídico, y dentro de esta categoría podemos decir que es un acto voluntario y unilateral, es decir, que no requiere del consentimiento de la otra parte para producir sus efectos. Sin embargo, el hecho de que sea un acto voluntario no significa que sea discrecional del sujeto, que esté librado a la autonomía privada, la ley no lo faculta a utilizar su libre albedrío. Tal como sostiene Zannoni: "que dependa de la iniciativa privada no implica que el ordenamiento niegue el derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor. Y si el hijo tiene el derecho a obtener su emplazamiento respecto del padre o la madre que no lo ha reconocido espontáneamente, es obvio que éste asume el deber de reconocer al hijo, que como tal, es un deber jurídico". (ZANNONI, 1990)

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil nace frente a la falta de reconocimiento espontáneo de la filiación. Dicha falta constituye un hecho ilícito, que obliga a reparar tanto el daño material como el moral, encontrando sustento en el principio general de no dañar a otro.

Para determinar esta responsabilidad es necesario que se den ciertos presupuestos legales, que son los mismos que tipifican cualquier clase de responsabilidad civil, a saber:

- ANTIJURIDICIDAD
- DAÑO
- FACTOR DE ATRIBUCIÓN
- RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A continuación de desarrollará cada uno en particular.

LA ANTIJURIDICIDAD:

Es necesario determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que genere la obligación legal de reparar el daño causado por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial, siendo que es un acto voluntario y personalísimo, y como tal no configura una obligación jurídica exigible al progenitor que no la realiza.

Si bien estos argumentos son ciertos, no son válidos porque una cosa es que el reconocimiento sea voluntario y otra muy distinta, es que sea discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo. (ZANNONI, 1990)

En este caso la antijuridicidad sería difícil de probar ya que, si nos atenemos a este caso en particular, con la simple omisión de la conducta no se configuraría un hecho antijurídico, ya que el reconocimiento constituye un acto jurídico voluntario. Pero en este caso, la antijuridicidad de la omisión aparece claramente si al lado de las prohibiciones expresas que la ley prescribe, surgen, con idénticas consecuencias, principios morales y éticos de conducta y de convivencia, que son el espíritu mismo de la ley infringida.

En el primer precedente jurisprudencial dictado en nuestro país, la defensa del padre no reconociente consistió en afirmar que su parte no había violado ningún deber jurídico y que, por lo tanto, no estaba obligado a reparar.

Ante lo cual el juez justificó su fallo condenando al demandado diciendo: "...se reputa ilícito todo actuar que por culpa o negligencia ocasione un daño a otro, y media culpa por parte de quien, ante la vehemente sospecha de haber engendrado un hijo, elude su reconocimiento, que es la primera obligación frente al nacimiento". A esto se agregó: "Aun en el caso que se pensara que no hay obligación legal de reconocer a los hijos que se engendran cuando no media vínculo matrimonial, como el deber genérico de no dañar a otro, *alterum non laedere*, impone la obligación de actuar en consecuencia, si a quien se lo emplaza para el reconocimiento de un hijo tuviera alguna duda sobre su paternidad, debería utilizar los medios a su alcance para aventarla, y no

habiéndolo hecho, esa pasividad con la víctima cierta, torna abusivo el ejercicio del derecho de no hacer lo que la ley no manda expresamente”¹¹.

Este camino fue rectamente seguido por la jurisprudencia unánime, al sostenerse que la falta de reconocimiento del progenitor es un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil y, por ende, derecho a la indemnización a favor del hijo menor afectado.

Es por esto que el no reconocimiento de un hijo propio aunque sea concebido fuera del matrimonio, es un hecho moral y jurídicamente reprobable del cual surge la obligación de resarcir el daño causado al hijo, como es claro en los arts.1.068, 1.075 y 1.109 del Código Civil.

El negarse voluntaria y discrecionalmente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar. Con lo dicho se quiere señalar que no basta el no reconocimiento para generar la responsabilidad, sino que además, deben darse todos los presupuestos que obligan a reparar. Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa, debe además haberse producido un daño y existir relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño.

Todo niño nacido tiene un derecho constitucional y supranacional, otorgado por la Convención sobre los Derechos del Niño, a conocer su realidad biológica, a tener una filiación, y para tener una filiación paterna extramatrimonial requiere del reconocimiento del progenitor varón, ya que la madre no puede atribuirle la paternidad, por imperio a la ley. El no reconocimiento voluntario del hijo, violenta contra estos derechos personalísimos del niño, configurando la acción como antijurídica, pasible de reproche jurídico.

También constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso mediante la negativa infundada a la realización de la prueba biológica por parte del progenitor.

¹¹ Juzg. I Inst Civ. y Com. Nº 9 de San Isidro, 25-3-88, E.D. 128-333

Analizando estas consideraciones surge claramente la tendencia judicial respecto del daño producido al hijo extramatrimonial por su progenitor no reconociente, ya que al no existir expresamente una norma que regule las situaciones explicadas, la doctrina judicial toma en cuenta el derecho como unidad y apela a la diversidad de normas que constituyen nuestro cuerpo legislativo nacional para llegar a dilucidar estos aspectos.

Por último, decimos apelando a Méndez Costa, quién sostiene que la omisión aludida constituye el ejercicio abusivo de un derecho, pues si bien la ley admite el reconocimiento por el padre o madre extramatrimonial con la finalidad de simplificar la determinación de la filiación del hijo y dar cauce jurídico al cumplimiento de un indiscutible deber ético, abstenerse de realizarlo contradice esos fines e implica contrariar la moral y las buenas costumbres, constituyendo un supuesto de acto abusivo, esto es un acto ilícito. (MENDEZ COSTA, María Josefa, 1989)

EL DAÑO:

En la narración del punto anterior, se han observado importantes argumentos para sostener la antijuridicidad de la conducta de quien no reconoce voluntariamente la paternidad.

La falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, el que puede ser material o moral según la índole patrimonial o extrapatrimonial de sus consecuencias, cuya naturaleza surge de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde.

Desde el punto de vista psicológico, las secuelas que se producen ante la falta de reconocimiento paterno han sido ampliamente admitidas en el ámbito judicial, refiriendo la existencia de un daño psíquico marcado al transitar en la vida con el apellido materno y sin poder alegar la paternidad, cuestionamiento de la propia

personalidad y la inseguridad en todos los campos de la vida, y minusvalía social que sufre quien se halla inscripto como de padre desconocido.

Todo hijo cuenta con un interés subjetivo jurídicamente tutelado, el de ser reconocido por sus progenitores. La violación a este interés no se refiere solamente a un daño material por la falta de sustento económico, sino también el daño moral que ocasiona el no reconocer un derecho personalísimo como es la dignidad personal, la protección de la integridad moral, la identidad, el nombre - que han sido reconocidos por la Constitución Nacional, reiterados por el Pacto de San José de Costa Rica, como por la Convención sobre los derechos del Niño -.

La falta de emplazamiento filial provoca un daño configurado por el padecimiento de una persona en los sentimientos, en el espíritu, es decir, perjuicios sufridos por el dolor, la angustia, la humillación, la intromisión en la vida privada, los cuales deberían ser reparados por quién los produce, en este caso el progenitor omitente.

En este sentido, Medina Graciela sostiene que: Lo que se debe resarcir específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia, falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial, como lo es el derecho a la identidad y especialmente el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar, puede producir daño moral o daño patrimonial. El daño moral deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre, y por la falta de ubicación en una familia determinada. El daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Estas pueden o no producirse; se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre económicamente poderoso que de haberlo reconocido le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales. (MEDINA, Graciela, 2000)

Por lo tanto, lo que se debe resarcir, específicamente, es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia y ausencia de emplazamiento en el

estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial como lo es el derecho a la identidad y, especialmente, el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar puede producir daño moral o daño patrimonial.

El daño moral deviene de la falta a la identidad, específicamente familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia determinada.

La asignación de daño extrapatrimonial, sirve para designar los casos en que el daño afecta a la persona en sí misma, independientemente de que pueda también hacerlo o no al patrimonio de ésta. Recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen, o indirecta, como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades. Para su cuantificación, el juez deberá tener en cuenta la gravedad objetiva del daño.

Refiriéndonos al daño moral en la filiación, éste ha sido señalado por la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires 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." No son suficientes las meras molestias o inconvenientes.¹²

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.

Hay diversas teorías en torno a la naturaleza de su reparación. Algunos autores sostienen que se trata de una sanción punitiva, mientras que para otros es meramente resarcitorio. Numerosa jurisprudencia ha concluido que la reparación del daño moral no

¹² Cámara Civil y Comercial Sala I, San Isidro Bs. As. "M. C. A. c/ G. P. A. s/ filiación y daños y perjuicios". 12-12-02.

tiene carácter punitivo sino resarcitorio y por ende carece de trascendencia determinar si hubo culpa o dolo en el actuar antijurídico, debe centrarse la atención más en la relación de causalidad que en la imputabilidad, sin importar tanto el patrimonio del victimario.

Para su cuantificación, el juez deberá tener en cuenta la gravedad objetiva del daño. Además, 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. Esta última es la posición que se debería adoptar, ya que nadie más que el hijo es quien sufre las consecuencias de la falta de emplazamiento filial.

El daño material, por el contrario, se refiere a las cosas, a los bienes, es una afectación de índole patrimonial. Se diferencia del anterior no sólo en el tipo de perjuicio que se tiene en cuenta para su determinación sino también en la manera de cuantificarlo.

Es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente), o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevinida a la víctima.

El daño material susceptible de indemnización debe ser cierto, debe probarse de manera efectiva y concreta, y no tratarse de una mera eventualidad o abstracción. Este tipo de prueba es más fácil de producirse por la exactitud requerida en su reclamo. Tal el caso de los alimentos no prestados por el progenitor durante el tiempo en que el hijo no ostentó el estado de familia que le correspondía, por ejemplo.

Asimismo en el fallo de la Cam.1ª Apel. Civ. y Com. de La Plata, sala III, del 10-3-94, se estableció que:

A) Los incapaces absolutos por razón de la edad, los insanos y los niños de pocos años tienen aptitud para experimentar el daño moral. Lo que permite caracterizar jurídicamente al daño extrapatrimonial no es el sufrimiento particular al que se refiere, sino la violación de derechos inherentes a la personalidad humana (a la vida, a la integridad física, al honor, a la identidad, etc.) de los que también son titulares los menores. Un menor de 3 años puede sufrir, y hondamente, el agravio o dolor moral. No es cuestión que dependa del discernimiento cuya aparición la ley Argentina fija en distintas edades cronológicas según se trate de actos lícitos o ilícitos (Art.921 Cód. Civ.) sino de un mínimo de socialización o desenvolvimiento personal que, progresivamente, se abre a la experiencia social.

B) El dolor o padecimiento que coexisten con las situaciones de daño moral, no son intrínsecamente el daño moral, sino su exteriorización o sintomatología corriente. Cualquiera sea la ubicación doctrinaria del intérprete con respecto a la naturaleza o esencia del daño moral, siempre es propiciable la reparación del que causa la deliberada omisión de un progenitor que se abstiene a reconocer a su propio hijo, negándole el uso del apellido paterno e impidiéndole ubicarse en el emplazamiento familiar que le corresponde.

C) El no reconocimiento paterno hiere groseramente una de las manifestaciones constitucionales más preciadas de la personalidad espiritual del afectado: su derecho a la identidad, los derechos que de este se desprenden (al nombre, al emplazamiento familiar, a las relaciones familiares que son su consecuencia, a ser alimentado y acompañado en el desarrollo, crecimiento y supervivencia). Tal lesión o menoscabo (al interés o bien jurídico dañado o al "capital moral" agredido) debe ser resarcido.

EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN:

La falta de reconocimiento voluntario de la paternidad por parte del padre biológico, implica la existencia de un factor de atribución subjetivo, y dentro de éste la presencia tanto de “culpa” como de “dolo”. Habrá un comportamiento culposo si conforme las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, el supuesto padre no hubiera adoptado aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de esta obligación de origen legal, tendientes al esclarecimiento de la verdadera identidad del menor en cuestión¹³. Por el contrario, habrá un comportamiento doloso cuando el acto ilícito de la falta de reconocimiento es ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro utilizando cualquier artificio, astucia o maquinación¹⁴.

No es fácil en los hechos concebir un caso de conducta negligente (culposa), pues ante el “conocimiento” que tiene el agente de la imputación de paternidad que se le hace, debe adoptar aquellas diligencias mínimas como para esclarecer la existencia o no del nexo biológico con el menor. Quien no se conduzca de esta manera, estará inevitablemente incurriendo en una conducta dolosa (omisión antijurídica), que se presumirá por el simple hecho de la demostración en juicio del conocimiento que tenía el padre de la paternidad que se le imputaba y de la falta de invocación y prueba, por parte de este último, de una razón atendible como para desconocerla. Ello así, puesto que quien logra conocer esta circunstancia y no obstante omite el comportamiento debido, ha actuado ilícitamente a sabiendas y, por otro lado, no podrá sostener que no tuvo la intención de dañar la persona o los derechos del hijo que no se reconoce. Conocer que existe la posibilidad cierta de ser padre implica, necesariamente, conocer que se va a dañar la persona o los derechos del hijo si no se lo reconoce, por lo que si no se conjuran esos daños mediante el comportamiento debido es porque –jurídicamente hablando– se los quiere.

Haciendo un poco de tóptica jurídica, podría mencionarse como ejemplo de comportamiento solamente culposo, el del sujeto al que se le imputa la paternidad luego de haber tenido relaciones con una prostituta, o de quien dudaba fuertemente de esa paternidad en virtud de una razón atendible para ello, como es el caso del hombre que

¹³ Código Civil, art. 1109

¹⁴ Código Civil, art. 931

durante muchos años fue estéril. Pero debido a la casi certeza que hoy producen las pruebas biológicas, la duda razonable sobre la paternidad no exime de responsabilidad al progenitor.

Las apreciaciones anteriores, que nos permitirán conceptuar si el comportamiento asumido por el demandado es doloso o culposo, tienen sus consecuencias prácticas, puesto que la falta de reconocimiento deliberada del progenitor frustrando el derecho a la identidad y la percepción de una cuota alimentaria, entre otras cosas, es una conducta ilícita dolosa reprochable.

En este sentido afirma Mosset Iturraspe que: “El derecho positivo se compone de normas, genéricas y abstractas, que los jueces deben concretar y particularizar a partir de las especificaciones del caso concreto, siendo potestad del juez obligar a pagar la indemnización, y, así mismo, la imputabilidad del hecho causante del daño: de los factores que fundan esa atribución, de la concurrencia o no de los factores objetivos y subjetivos, etc. (MOSSET ITURRASPE, 2001)

Resulta fundamental en este aspecto, es decir en cuanto al “factor de atribución” de responsabilidad civil, demostrar en juicio que el progenitor renuente en el reconocimiento voluntario de su paternidad conocía o pudo razonablemente conocer el “estado de gravidez” de la madre del menor y que, a su vez, era posible su paternidad con respecto a este último. Y esto no es una cuestión meramente procesal, sino justamente de derecho sustantivo. No es viable imputarle culpabilidad alguna a quien no conocía ni podía razonablemente conocer el hecho de su paternidad. Pero tampoco resulta razonable exigir, como contrapartida, un conocimiento preciso y acabado de esa paternidad, puesto que la misma se acredita fehacientemente mediante pruebas biológicas o científicas. Por ello, se entiende que a estos fines, es suficiente la posibilidad razonable de conocimiento del hecho de la paternidad (a través de la comunicación que la madre del niño le haya hecho o del conocimiento del embarazo de la persona con quien mantenía relaciones afectivas en el período de la concepción), pues de ahí en más existen distintos medios al alcance del interesado como para comprobar la existencia o no del nexo biológico que se le atribuye (en caso de que tenga dudas razonables) y evitar de esta manera los daños y perjuicios, deslindando responsabilidad civil al respecto.

La omisión del reconocimiento tiene fundamento en la responsabilidad extracontractual, por provenir de la violación de un deber legal y no del incumplimiento de un contrato, pudiendo ser esta omisión dolosa o culposa.

En principio se le atribuirá responsabilidad a aquel que no pueda justificar un error excusable. La culpa es el presupuesto necesario de la responsabilidad y debe ser acreditado por el damnificado. En caso de que sean invocadas circunstancias especiales que pongan en evidencia la dificultad de demostrar el conocimiento del embarazo o parto por el omitente, puede ser admisible excepcionalmente un desplazamiento de la carga de la prueba.

No obstante se han reconocido eximentes, como el error excusable debidamente justificado, la ignorancia, el ocultamiento del embarazo y del parto por parte de la madre biológica. También podría ser discutible la indemnización cuando la negativa a reconocer el hijo hubiera tenido motivos serios, como ocurrió en el supuesto de tener el padre fundadas dudas sobre su paternidad, por ejemplo, en el caso de la madre haber vivido o tenido relaciones sexuales con terceros en la época de la concepción y no haberse efectuado por razones que le son ajenas los pertinentes análisis sanguíneos para la determinación de la paternidad. No bastarían para eximirse de responsabilidad, estos supuestos, si mediare negativa a la realización de pruebas biológicas en instancia judicial.

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En derecho privado Argentino la relación de causalidad es un indiscutible presupuesto de la atribución de responsabilidad. Sin embargo, la exigencia de una prueba acabada de la causalidad puede constituir un obstáculo para la reparación de ciertos daños; en particular ello se evidencia en los daños nucleares, ambientales, e inclusive de los derivados de accidentes de tránsito.

Por ello se advierte que la relación de causalidad se prueba muchas veces con presunciones, o en algunos casos se invierte el orden de la carga de la prueba y en algunos casos se ha llegado a suprimir lisa y llanamente su exigencia como presupuesto de la responsabilidad civil o se ha llegado a eliminar la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad.

En el marco del derecho de la responsabilidad familiar, la cuestión de la relación de causalidad no presenta ningún problema en los tópicos clásicos de la materia; como en los casos de la responsabilidad por daños derivados del divorcio, la responsabilidad por daños derivados de la falta de reconocimiento de hijos o la responsabilidad por daños derivados de la ruptura del concubinato o de los esponsales, así como tampoco provoca dificultades en temas más modernos como el de los supuestos de daños producidos por relaciones contractuales existentes entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio.

Entre la conducta ilícita del demandado y el daño producido por la falta de reconocimiento debe existir un nexo causal adecuado. Debe tenerse por acreditado el perjuicio por la sola comisión del hecho ilícito, ya que se trata de una prueba *in re ipsa*, que surge de los mismos hechos.

Para que la conducta omisiva genere responsabilidad debe estar causalmente ligada al resultado dañoso, de modo que se pueda afirmar que la abstención ha actuado como factor eficiente de consumación. Para que opere la responsabilidad, la abstención tiene que ser la causa del daño: y que esto ocurrirá toda vez que un juicio de probabilidades nos indique que esa abstención influyó como concausa del daño producido, partiendo del supuesto que la acción de quien se abstuvo habría bastado para evitar el daño ocurrente. (LLAMBIAS, 1993).

El requisito por el cual la omisión debe constituir la causa –aunque no sea inmediata ni directa- del daño ocasionado, es una consecuencia de la llamada “teoría de la equivalencia de las condiciones”, en virtud de la cual todos los elementos que de algún modo configuran el daño son considerados como causa.

LAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PADRE OMITENTE

El progenitor podría eximirse de la responsabilidad acreditando la falta de culpa, o la culpa de un tercero o el caso fortuito y fuerza mayor.

La falta de reconocimiento voluntario se trata de un supuesto de responsabilidad subjetiva. Dicha omisión es reprochable siempre que sea intencionalmente, siendo causales de eximición: la ignorancia del embarazo, la creencia fehaciente en la propia esterilidad fundamentada en análisis médicos u ocultamiento del parto, entre otros. (ZANNONI, 1990)

Puede darse la imposibilidad de reconocimiento que exime también la responsabilidad, cuando al hijo no puede ser reconocido por el padre extramatrimonial por gozar de la presunción de paternidad del marido de la madre.

La falta de culpa se da en el caso fortuito, cuando se encuentre imposibilitado de reconocer por razón de la distancia, aunque hoy en día los avances en materia de comunicación, hacen poco probable esta hipótesis. Se puede producir también en los lugares donde haya un conflicto bélico, donde puede establecerse la presunción de fallecimiento de unos de los progenitores.

CAPITULO 4

RESPONSABILIDAD MATERNA ANTE LA INACCIÓN JUDICIAL

Es importante saber si existe alguna responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la paternidad.

El interrogatorio surge porque en fallos de tribunales argentinos se limitó la responsabilidad, por entender que parte del daño habría podido evitar si no hubiese sido negligente la madre, e iniciado en forma prematura las acciones de filiación y su concurrente por daños y perjuicios en contra del padre omitente.

Dado el emplazamiento de la madre, como representante legal de su hijo, es necesario su consentimiento expreso para que el Ministerio Público reclame la filiación de los menores inscriptos como de padre desconocido¹⁵, es necesario que también pese sobre la madre el deber de permitir que su hijo o hija conozca su verdadera identidad y la verdad biológica.

El respeto al derecho de todo ser humano a conocer su origen, implica, en este caso, que la madre sea colaboradora activa y oportuna. No puede diferirse a la época en que solo el hijo puede accionar por filiación por sí mismo. El cercenamiento de la 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 crecerá sin poder ejercer todos los derechos y atributos de su estado de familia.

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.

¹⁵ Código Civil. Art. 255

El Estado está obligado a hacer respetar este derecho personalísimo de todo ser humano a conocer su identidad de origen –su verdad biológica-, donde sus funcionarios deben tener al respecto conductas positivas. La madre, al ser la representante legal 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 de vida. En consecuencia, existe una obligación moral de la madre del hijo no reconocido de informar el nombre del padre e impulsar su reconocimiento forzoso.

Existe obligación moral de la madre del hijo no reconocido de informar el nombre del padre e impulsar su reconocimiento forzoso por lo cual si ella incumple con esta obligación y en tanto y en cuanto se ajuste a los presupuestos de la responsabilidad civil ya examinados, le incumbe la responsabilidad pertinente por el daño producido.

Tal criterio es receptado por la Cámara de Apelaciones de Capital Federal: "A efectos de determinar la indemnización por daño moral en la acción de filiación extramatrimonial, corresponde evaluar el comportamiento de las partes especialmente el materno, si se dirigió a acelerar y alentar el vínculo paterno filial, pues la ponderación de tal conducta incide en el "quantum" de la reparación".

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, no sucede lo mismo con el vínculo paterno.

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 que no podrá aplicársele se traslada a la mujer por provocar un evidente perjuicio para el hijo

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.

Siguiendo a Azpiri, podemos decir que 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 perjuicio para el hijo que resultaría si no promoviera o facilitara la acción de emplazamiento. (AZPIRI, 2002)

En esta línea de pensamiento se ubican algunos fallos en los cuales si bien la madre no es condenada a resarcimiento alguno por el hecho de no haber accionado con

prontitud contra el padre omitente, ha sido considerado como un atenuante, o bien se lo ha ponderado al momento de fijar el monto indemnizatorio. Por caso, en el ya citado primer pronunciamiento judicial que en nuestro país admite el resarcimiento del daño de una menor por omisión en el reconocimiento paterno, y se atribuyó la responsabilidad de ambos progenitores. Respecto a la madre, le cupo responsabilidad por la negligencia (demora en promover las acciones correspondientes), pues de haber efectuado el reclamo pertinente a poco del nacimiento, o tras una prudente espera, hubiera ahorrado a la hija gran parte del daño moral sufrido en su vida de relación.

En opinión contraria, la Dra. Medina Graciela opina que no se puede retacear la indemnización debida al hijo por falta de ejercicio de la acción por parte de la madre. Al niño no se le priva de un derecho si no se acciona, el daño está causado por la falta de reconocimiento, no por la falta de accionar judicial para lograrlo. La madre no se encuentra legitimada por sí para iniciar una acción de determinación de la paternidad, ella la ejerce en representación del hijo o en su caso, subrogándose en los derechos del hijo. Múltiples motivos pueden llevar a la madre a no querer accionar judicialmente, como por ejemplo: la búsqueda de una solución extrajudicial, la promesa del reconocimiento espontáneo, etc. Por lo que no parece lógico compensar la culpa del padre con la inacción procesal de la madre. (MEDINA, 2000)

Debido a que la acción es imprescriptible, y siguiendo el criterio de la Dra. Graciela Medina, parece contrario pensar que la inacción de la madre puede tomarse agravante de los daños sufridos por el nacido, ya que como lo establece nuestro código civil, se prevalece el derecho de intimidad y reserva de la madre y sólo puede el Ministerio Público actuar con el previo consentimiento de ella, por lo tanto, que sea tomado como un atenuante al momento de la determinación del daño causado no parece ser comprensible, ya que tiene que nacer del propio padre omitente dicho reconocimiento.

En virtud de que ante la omisión del reconocimiento voluntario del padre, la ley legitima a ciertas personas, entre las cuales se encuentra la madre del supuesto hijo, para que en representación del mismo, inicie la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial (art. 254, C.C) y pueda, de esta manera, obtenerse el respectivo emplazamiento en el vínculo filial, como consecuencia de la sentencia de filiación que

así lo declare. La demora en el inicio de la acción de filiación por parte de la progenitora no ha de incidir en la determinación del monto a resarcirse, ya que la misma es una facultad y no una obligación. El hijo no reconocido no puede verse perjudicado por la dilatación de uno de sus progenitores para demandar al padre renuente a asumir sus obligaciones derivadas de la patria potestad. Ello así, en virtud de que el progenitor que ha omitido su reconocimiento, sabiendo o debiendo saber de su existencia, no puede beneficiarse, por el daño provocado a su hijo, por el transcurso del tiempo en el inicio de la acción de filiación.¹⁶

Una cosa es el ejercicio de la acción de filiación –que es facultativa del representante legal- y otra muy distinta es poner en conocimiento al niño de su realidad biológica –que constituye una obligación-. El padre que se negó a reconocer infundadamente a su hijo debe indemnizar el daño padecido por el niño, sin que resulte relevante, a tal efecto, el tiempo que la madre demoró en iniciar la acción de determinación de la paternidad, dado que el sufrimiento del niño no existiría de haber mediado un reconocimiento espontáneo por parte del padre.

Es indudable que la madre, en ejercicio de la patria potestad, tiene la legitimación activa para demanda por la acción de filiación, cuestión que no plantea conflictos. Ahora bien, tal derecho es una facultad concedida por el ordenamiento jurídico, y tendrá la opción de entablarla o no. Ante la falta de reconocimiento voluntario del progenitor y dada la inscripción en el registro respectivo del sujeto como de padre desconocido, debemos resaltar la importancia de que el representante legal, en el caso de la madre, utilice la vía judicial para producir el emplazamiento del niño, en el vínculo paterno filial. Sin embargo, ello quedará comprendido dentro de la esfera interna de la madre, constituyendo una mera facultad y nunca una obligación, en el sentido de que la omisión del reconocimiento voluntario del padre biológico no puede significar, para la madre, una carga judicial obligatoria. Pues, la progenitora cumple con la ley reconociendo su maternidad y produciendo el respectivo emplazamiento. Es por

¹⁶ Cámara de Apelaciones en la Civil y Minería de San Juan. Sala I. “ V. R. E. c/ P. H. F. M s/ Daños.” 18/08/2006.

esto que la falta de acción, o su retardo, por parte de la madre, no puede significar una limitación al daño moral causado por el padre omitente.¹⁷

La reparación del daño causado tiene como beneficiario al sujeto no reconocido. De tal manera, la tardanza de la madre en haber iniciado el juicio de filiación no puede, por ello mismo, significar un perjuicio a quién se lo pretende proteger. De lo contrario, se estaría admitiendo el perjuicio al niño por la conducta de un tercero, es este caso la madre, desvirtuándose el sentido de la reparación.

La conducta antijurídica causante del daño es la falta de reconocimiento paterno y no la conducta negligente de la madre, por no iniciar o instar tardíamente la acción de filiación. Cuando la madre como representante legal se presenta ante la justicia con la finalidad de concretar el emplazamiento paterno extramatrimonial y la reparación del daño causado en su hijo, lo hace en beneficio de un interés ajeno y no propio. Si bien puede ser cierto que ese daño sería menor cuanto antes se inicie la acción, no es menos cierto que no existiría daño de haber mediado un reconocimiento espontáneo por parte del padre. La demora en el ejercicio de la acción no constituye una concausa apta para disminuir la responsabilidad del padre, pues la causa directa del daño es la falta de reconocimiento.

La acción tardía de la madre, por reprochable que fuera, no puede redundar en perjuicio de aquélla persona a quién se pretende resarcir el daño sufrido y considerarse como una limitación o exoneración de responsabilidad del padre no reconociente.

LA PIEDAD FILIAL

La piedad filial es una de las ideas principales del pensamiento de Confucio, por la que se genera el orden jerárquico y la estabilidad social, principio que impedía calificar a los integrantes de una familia como dañadores o dañados. Se primaba en las

¹⁷ Cámara de Apelaciones en la Civil y Comercial de Mercedes Ctes., Sala II "G. M. C c/ C. O. N. s/ filiación e indemnización". 18-12-07

familias una actitud de silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados.

En un primer momento se pensaba que el Derecho de Daños era extraño al Derecho de Familia, en la medida en que la relación íntima entre los miembros de la familia obstaba a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Debía primar en las familias una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Se debía atender, prioritariamente, "a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad"; por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la pietas familie, piedad o consideración debida entre sus miembros. Ello sin perjuicio de aplicar frente a las conductas antijurídicas las sanciones específicas de ese Derecho.

Atento a las nuevas concepciones políticas que han derivado los privilegios personales que caracterizaron a los siglos XVIII y XIX y primeras décadas del XX, nuestro país tiene que ir admitiendo poco a poco estas concepciones jurídicas para hacer primar los principios de una nación democrática e igualitaria. Ya que con la aparición de estos nuevos pensamientos se ha provocado la aparición de muchos partidarios de extender la responsabilidad por los hechos dañosos al ámbito familiar, aludiendo a la aparición de una "nueva familia", distinta de la tradicional o clásica; destacando como característica de la misma la necesidad de una justa democratización de las relaciones familiares, recogidas por normas jurídicas a nivel internacional e interno; la desacralización de los lazos familiares, unida a una fuerte relajación de los vínculos emergentes, y por sobre todo, la maldad que importa dejar un daño injusto sin la correspondiente reparación.

Hoy en día no es discutible la aplicación del Derecho de Daños en el Derecho de Familia. Ser miembro de una familia, se sostiene, lejos de ser un "atenuante" es una "agravación" que compromete aún más al agente dañador. (MOSSET ITURRASPE, 2001)

En el proyecto de reforma del Código Civil de 1998 al referirse al daño ocasionado por el no reconocimiento voluntario del hijo, establece en su aplicación: "...sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos, solo hay responsabilidad si se obre por dolo o culpa grave: a- Si el daño, en que no está

justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia”¹⁸. Por su lado: “...se dispone que el daño está justificado: En el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad filial”.¹⁹

La justificación del daño coloca a los sujetos de derecho involucrados en el ilícito familiar en una situación de vulnerabilidad, ya que se deja librado al juez de acuerdo a su saber y entender justificar o no, conductas que se producen en el seno de una familia, generadoras de actos y hechos jurídicos.

La sensibilidad del tema planteado se enmarca en una realidad que excede el marco jurídico, y si bien la reparación económica no es una solución feliz ante este tipo de conflictos, atento que sería más interesante poner énfasis en las medidas preventivas, el derecho no puede estar ajeno a estos fenómenos y desamparar a la víctima basándose en argumentos que carecen de solidez jurídica y ética.

Como se puede contemplar una piedad filial del progenitor irresponsable que no la tuvo para con su propio hijo en la medida en que este requirió de su cuidado y protección, la falta de amor paterno-filial no puede comprenderse en el término de piedad. La piedad constituye un pedido de perdón de un ofendido, en el caso, solo el niño puede por sí valorar tal situación, y es aquí donde éste se halla nuevamente en situación desigual y desventajosa, ya que si bien es un sujeto pleno de derechos, lo es en formación. A partir de los 14 años (siguiendo la idea de discernimiento) o de los 10 (si se toma la idea de la autonomía) éste se hallará personalmente en condiciones de perdonar.

Así el concepto de piedad filial se encuentra ciertamente en contraposición con los derechos de la víctima toda vez que la subjetividad en la aplicación del mismo generaría un término paradigmático sin solución dentro del marco de una verdad jurídica objetiva.

¹⁸ PROYECTO DE REFORMA DEL CÓD. CIV. ART. 1686. AÑO 1998

¹⁹ PROYECTO DE REFORMA DEL CÓD. CIV. ART. 1589. AÑO 1998

Pueden existir otras causas de justificación, pero la valoración de las mismas nunca puede generalizarse bajo la idea de piedad, término más apropiado para un proceso ético que para una acción judicial en un proceso por daños.

CAPITULO 5

LA ACCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La acción de resarcimiento por daño moral por falta de reconocimiento de paternidad extramatrimonial, puede iniciarse simultáneamente o con posterioridad (sin perjuicio del plazo de prescripción aplicable) a la acción de reclamación de estado. No obsta a ello que la reparación de los daños por la falta de reconocimiento de la filiación dependa de que se determine la invocada paternidad, ya que la acción para reclamar por tales daños es susceptible de ser iniciada desde el momento en que se causaron los daños en cuestión, ocasión en la que pudo accionarse demandando tanto la reparación de los daños, como el reconocimiento judicial de filiación o ambas cosas a la vez²⁰.

LEGITIMACIONES

La legitimación para accionar es la aptitud para demandar judicialmente por el reconocimiento y por la indemnización de perjuicios. (ALTERINI, 1991)

En la generalidad de los casos es la madre que en representación del hijo acciona buscando el reconocimiento de éste, como también por la reparación del daño infringido al descendiente. Pero hay otros casos en que la madre, en nombre propio es quien acciona para obtener indemnización, y no siempre se la considera legitimada.

La cuestión radica en determinar en forma precisa en qué casos tienen tanto la madre como el hijo legitimación para reclamar una indemnización y con respecto a qué clase de daños.

Legitimados para promover una acción indemnizatoria son todos aquellos que sufren un daño, entendiendo por tal la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial.

²⁰ Cám. Civ. y Com.1ª, Mar del Plata, Sala 1, “A.S.G. c/ R.F.J. s/ Reconocimiento de Filiación y Daños y Perjuicios”. 31-10-1996.

Siguiendo la doctrina moderna, la noción de interés se extiende al interés simple no ilegítimo.

La acción de indemnización puede ser intentada *iure proprio* por todos aquellos que acrediten la lesión a un interés de hecho no ilegítimo u por el cual se produce un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial. Así se dispone en el Código Civil, que dice: *“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”*²¹. *“La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”*.²²

En cuanto a las personas legitimadas, son:

Los hijos menores de edad o incapaces: El hijo se encuentra legitimado para actuar, porque es él quien sufre el daño. El hijo es el damnificado directo y por tanto pasible de daño moral y material. Es él quien puede exigir tanto el reconocimiento como la reparación que sufrió a causa de la omisión paterna o materna.

Su legitimación está dada por el interés jurídico protegido cual es el emplazamiento en el estado de hijo. El menor actúa representado por su madre con la intervención necesaria del Ministerio de Menores y si fuera incapaz, lo hará representado por su curador.

Los hijos mayores de edad: En este caso, el hijo legitimado puede actuar por derecho propio, al ser el titular del bien jurídico protegido. La acción es imprescriptible, sin importar la edad del hijo extramatrimonial no reconocido por su padre biológico.

Hijos sin discernimiento: Respecto a este supuesto es importante determinar si el hijo que carece de discernimiento por tener poca edad o por tener una deficiencia mental o estar en estado vegetativo, tiene legitimación para reclamar el daño moral.

²¹ CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ART. 1068

²² CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ART. 1079

Al respecto existen dos posiciones, una positiva u otra negativa:

TESIS NEGATIVA: Sus sostenedores entienden que las personas sin discernimiento carecen de legitimación para reclamar el daño moral porque sostienen que no pueden sentir dolor ni aflicción u por lo tanto no se debe reparar el dolor de quién no puede sentir. (ORGAZ, 1952)

TESIS POSITIVA: Sus partidarios sostienen que el incapaz es titular de derechos o intereses extrapatrimoniales y que la violación a ese interés debe ser siempre reparada. (ZANNONI, 1990. PIZARRO, 1996.)

La madre: No está legitimada para reclamar, dado que no corresponde a la madre el reclamo de este rubro, es decir, por el no reconocimiento de su descendiente, pues se trataría de resarcir un daño indirecto. (MENDEZ COSTA, 1997)

En nuestro derecho, por imperio del artículo 1078 del Código Civil, tal posibilidad de que la madre accione por daño moral está expresamente vedada. Como legitimada directa, la madre puede reclamar el daño material directamente sufrido por ella, como por ejemplo: los gastos de parto y de embarazo, que debieron ser soportados tanto por el padre como por la madre.

PRESCRIPCION

La acción para reclamar los daños derivados de la falta de reconocimiento prescribe a los 2 años a contar del acto de determinación de la filiación, ya sea que esta se produzca mediante un reconocimiento tardío por parte del progenitor, o por una sentencia judicial.²³

En el Juzgado Civil y Comercial de San Nicolás ha sostenido que, dado que la sentencia de filiación es, en definitiva y en cuanto a su objeto, constitutiva (art.247 Cód.

²³ CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ART. 4037

Civ.) resulta temporánea la demanda que reclama daños y perjuicios por la negativa del presunto padre de reconocer la filiación, que ha sido interpuesta conjuntamente con la que reclama esa filiación. Es que no puede comenzar ningún curso prescriptivo antes de que la acción a la que infiere sea nacida (art.3.956 Cód. Civ.), siendo que la demanda de daños precedentemente expuesta no ha quedado expedita sino a partir del pronunciamiento que concreta el emplazamiento de estado en que la actora se interesara.²⁴

La prescripción de la acción de daños y perjuicios por el no reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial prescribe a los dos años contados desde la sentencia firme de paternidad, por ser una obligación extracontractual o aquiliana.

²⁴ Cám. Civ. y Com. San Nicolás, “S.T.J.N. c/ A.H.J. s/ Filiación e Indemnización de Daño Moral”, (22-12-1994)

CAPITULO 6

RESEÑA JURISPRUDENCIAL

A los efectos de realizar una mirada práctica sobre el tema que nos ocupa el presente trabajo, se presenta a continuación el comentario y desarrollo sobre la causa M., C. A. c/G. P., A. s/acción de filiación y daños y perjuicios; donde la Cámara Civil y Comercial de San Isidro otorga una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al hijo no reconocido, dejando claro como se apoya en el presente trabajo, que todo padre que no reconoce al hijo extramatrimonial debe reparar los daños ocasionados por su omisión.

Así es que, en dicha causa se establece que para establecer el alcance del daño moral sufrido por la joven hay que tener en cuenta los siguientes factores: La falta de filiación paterna acreditada y de apellido paterno, la crisis de ansias desencadenadas por su falta de filiación paterna, el daño moral producido por las manifestaciones del progenitor biológico que no reconoció a su hija en la minoridad, ni ante la demanda iniciada, ni ante la certeza de la prueba biológica, que no cumplió nunca con su obligación alimentaria para con su hija y que además pretende que el deber de la hija extramatrimonial era salir a trabajar antes de alcanzar la mayoría de edad. Conflictiva emocional interna relacionada con la falta de reconocimiento de la figura paterna.

Se puede observar con lo dicho en el párrafo anterior cuáles son los daños reclamados que se pretenden reparar con una indemnización pecuniaria. Así es que la Jueza Dra. G Medina, integrante del tribunal actuante, vota a favor del resarcimiento económico reclamado, fundando dicha votación en los siguientes hechos.

Que la menor fue inscripta como hija extramatrimonial de, ya que su padre nunca la reconoció. Su madre de condición humilde, se desempeñaba como encargada de un edificio, le brindó educación y cuidados, en la medida de sus posibilidades.

La joven refiere que terminó la escuela primaria sostenida por su madre, y finalizó su educación secundaria, gracias a una media beca brindada por un establecimiento privado. No continuó sus estudios universitarios, ya que debió trabajar. La joven sufre de asma, y durante su niñez sus crisis muchas veces estuvieron relacionadas con cuestionamientos relacionados con la ignorancia de su filiación paterna. Ya mayor, cuando tuvo conocimiento de su progenitor biológico tuvo crisis originadas por la negativa paterna a reconocerla. En el año 1997 inicia una acción de filiación contra su progenitor y solicita se lo condene a pagar daños y perjuicios por la falta de reconocimiento.

El padre de la joven, se negó a reconocerla, manifestó que era un dirigente político, que estaba casado y tenía solo 3 hijos legítimos, que todos sus hijos habían seguido carreras terciarias, dos en la Universidad privada "El Salvador" donde se recibieron de médico, viviendo en la actualidad en Brasil y U-S.A y el tercero en la UBA donde se recibió de médico veterinario.

Al contestar demanda, el progenitor no solo se negó al reconocimiento de su hija, sino que le imputó a ésta que si tenía tantas necesidades económicas como dice haber tenido debió trabajar antes concretamente señala que "Una persona que necesita contar con su propio dinero, no pasa su minoridad y un año más sin trabajar, es decir, si tuvo tantas necesidades pudo haber comenzado a trabajar mucho antes de los 22 años. Sin embargo, recién a los 22 años comienza a trabajar.

Daño Moral:

En cuanto a la determinación de la existencia del daño moral y la determinación de su cuantía, siguiendo el criterio del más Alto Tribunal de la Nación, entiendo que hay que tener en cuenta el carácter resarcitorio, la índole del hecho generador, la entidad del sufrimiento causado y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a Este (CSN, 6.5.86, RED a-499). Considerando todos los parámetros antes señalados la suma fijada por el sentenciante de primera instancia parece insuficiente para indemnizar los sufrimientos y angustias que la falta de reconocimiento paterno produjo a la accionante, que no fueron totalmente valorados por el a-quo.

Entiendo que para meritar el alcance del daño moral sufrido por la joven hay que tener en cuenta los siguientes factores:

A. Falta de filiación paterna acreditada y de apellido paterno en una comunidad chica La accionante no tuvo filiación paterna acreditada durante 35 años. Esta circunstancia influyó notablemente en su niñez y adolescencia, las que se desarrollaron en un pueblo chico, donde sin llegar a ser discriminada era objeto de comentarios por el uso del apellido materno y la carencia del apellido paterno.

B. Crisis de asma desencadenadas por su falta de filiación paterna. El médico que atendió a la joven desde que esta tenía 5 años, refiere que es asmática, que el asma tiene un componente genético y otro psicológico. Que durante la niñez las crisis de la niña estaban relacionadas con preguntas que le hacía a su madre por su padre. Que cuando ella fue mayor y conoció la identidad de su padre tuvo un recrudecimiento del problema asmático, que llevó a que el médico llamara al padre para hacerle saber de la angustia de su hija.

C. Daño al proyecto de vida. La joven refiere que mientras que a sus hermanos su progenitor les costeo carreras universitarias, ella no pudo seguir estudiando por su situación económica. Esto constituye un claro elemento de configuración de daño moral, por lo que los italianos denomina "daño al proyecto de vida", que entre nosotros engloba en el daño moral.

El daño al proyecto de vida se trata de un daño que trunca en mayor o menor medida el proyecto de vida, que impide que la persona desarrolle su personalidad. Entiendo que en este caso al mensurar el daño moral debo tener en cuenta la actitud paterna que posibilitó los estudios universitarios de sus matrimoniales, y al no reconocer a su hija extramatrimonial le impidió lograr el proyecto existencial elegido, de ser médica, ya que esta carrera no la pudo cursar porque debió trabajar, desde los 22 años.

En este ítem debo poner de relevancia que además el progenitor entiende que la joven debió haber salido a laborar antes de esa fecha para subvenir a sus necesidades si es que las tenía. Las manifestaciones del progenitor biológico que no reconoció a su hija

en la minoridad, ni ante la demanda iniciada, ni ante la certeza de la prueba biológica, que no cumplió con su obligación alimentaria para con su hija nunca y que además pretende que el deber de la hija extramatrimonial era salir a trabajar antes de alcanzar la mayoría de edad es sin lugar a duda otro factor que debe ser tenido en cuenta al mensurar el sufrimiento de la joven.

D. Configura daño moral atribuir a la hija la condición de delincuente deducida de que la madre estuvo involucrada en un proceso penal (circunstancia esta no demostrada). Quiero repetir a mis distinguidos colegas nuevamente lo que afirma el padre de su hija al contestar demanda para poner de relevancia el grado de angustia que la accionante debe necesariamente haber pasado al saberse tratada de delincuente por el hecho de pretender que su padre la reconozca.

Concretamente el demandado dijo...Se deduce que si la pretensa madre cometió presuntamente algún delito penal ¿Por qué tendríamos que pensar que su hija carece de tendencia a delinquir? Muy por el contrario, en este estado me llevaría a pensar que si la madre es delincuente, su hija también podría llegar a serlo."

E. Conflictiva emocional interna relacionada con la falta de reconocimiento de la figura paterna. El perito psiquiatra afirma que la actora presenta una conflictiva emocional interna relacionada con la falta de reconocimiento de la figura paterna, fs. 354, como desarrollaré en el ítem siguiente estimo que el daño psicológico no se trata de un tercer género de daños sino que debe ser evaluado al cuantificar el daño moral o material. En orden a la valoración del daño moral estimo necesario ponderar las conclusiones del experto en psiquiatría relativo al conflicto emocional que sufre la accionante a sus 34 años, relacionada con la falta de reconocimiento paterno.

Tosas las circunstancias antes apuntadas me llevan a propiciar que el monto de condena en lo que a este ítem se refiere sea elevado a \$ 50.000 teniendo en cuenta la dimensión del daño infligido durante 35 años a la actora.

Daño psicológico.-

Antes de entrar al tratamiento específico de los agravios relativos a este ítem debo puntualizar que el daño psicológico no constituye en sí mismo un capítulo

independiente del daño material o moral, sino una especie del uno o del otro, toda vez que desde el ángulo del que lo sufre tanto puede traducirse en un perjuicio material (por la repercusión que pueda tener sobre su patrimonio) cuanto un daño no patrimonial o moral (por los sufrimientos que sea susceptible de producir).

Partiendo de este principio general he de entrar a considerar las quejas relativas a la aceptación del rubro y a la cuantificación del monto otorgado para enjuagar este perjuicio.

En realidad, esta Sala 1° tiene dicho que cuando la pericial arroje que el peritazo deba efectuar un tratamiento determinado en tiempo, sesiones y valor de cada una de ellas, lo aconsejable es que la suma de dinero se dé por el rubro daño psicológico equivalga al monto del tratamiento o terapia. Es decir, deberá enjuagar dicha partida con la suma correspondiente al costo de la misma; sin perjuicio de su merituación en oportunidad de estimar el daño moral.

La perito psiquiatra no ha establecido la necesidad de un tratamiento por lo que estimo que el rechazo de la demanda en este punto ha sido correcto.

A lo fundado por la Dra. Medina se adhieren los demás jueces del tribunal, votando por la afirmativa respecto a la reparación del daño causado por el demandado.

Así que con el ejemplo citado se observa la posición a favor en los fallos de nuestros tribunales en reparar por quién, no reconoce voluntariamente a un hijo extramatrimonial, apoyando así nuestra opinión personal.

A continuación se presentan dos reseñas jurisprudenciales con la particularidad de que en la primera el demandado tiene una actitud reticente respecto a la prueba de ADN, y en la siguiente el progenitor no reconociente y emplazado en la demanda se allana al resultado del análisis genético solicitado, siendo en ambos casos sentenciados a la reparación del daño causado por su omisión.

- **Se condena a la reparación del daño moral en un juicio por filiación, en el que había mediado negativa a someterse a las pruebas genéticas. Rechazo del pedido de indemnización del daño material.**²⁵

Este caso llega a la Alzada en virtud de la apelación, ya que la sentencia hizo lugar parcialmente a la demanda y declaró que la menor V.R. es hija extramatrimonial de H.E.M. y desestimó la indemnización de los daños y perjuicios y daño moral que habría originado la negativa del demandado a reconocer en forma espontánea a la menor. Ordenó la inscripción de la sentencia en el Registro correspondiente, impuso las costas a la demandada.

Contra esta resolución se alzan las partes y el Asesor de Menores. El demandado, porque la sentencia le ha atribuido la paternidad de la menor basándose únicamente en presunciones. Sin embargo la prueba producida por su contraria es concluyente a efectos de obtener el reconocimiento del derecho que invocó.

La actora demostró que la relación que mantenía con el demandado no solo era profesional sino también sentimental, que el trato que mantenían era familiar como el de un matrimonio, a tal punto que era conocido que dormían en la misma habitación, y que la concepción habría tenido lugar en esa época.

También se demostró que el demandado acompañó a la actora en los momentos posteriores al parto en el sanatorio, comportándose como el padre de la criatura frente a terceros, y eligiendo el nombre que lleva la menor.

La apelación planteada por el demandado fue rechazada y confirmada la sentencia de primera instancia, en virtud de las pruebas arriba apuntadas y de los estudios genéticos efectuados a través de las muestras de sangre de dos hermanos del demandado, que han demostrado una alta probabilidad que H.M. sea el padre de la menor. En un caso indicó una probabilidad del 95.84% y en la otra una probabilidad mínima del 90%.

²⁵ Cámara Nacional Civil, Sala F. "R., E.N. y otro c. M., H.E., L.L". 1989.

Frente a la certeza que proporcionan las modernas pruebas biológicas, para la determinación positiva de la filiación, como descargo, el accionando solo produjo prueba testimonial.

La Actora y el Asesor de Menores apelan porque no se hizo lugar a la reparación del daño moral y daño material reclamado. Se hizo lugar únicamente a la reparación del daño moral, no así del daño material por falta de prueba, ya que la Cámara entendió que para que este rubro sea indemnizable es necesario que el daño (actual o futuro) sea cierto. Es decir, quien invoca un perjuicio debe probarlo en forma efectiva, en concreto no siendo suficiente el daño en abstracto o su simple posibilidad.

El tribunal entendió que el daño moral se caracteriza como la lesión cierta sufrida en los sentimientos más íntimos de un individuo que determina dolor o sufrimiento en afecciones legítimas, y cuya reparación está determinada por imperio del artículo 1078 del C.C., impone al autor del hecho sin exigir prueba directa de su existencia.

El Dr. Bossert, adhiriéndose a las conclusiones anteriores, agregó que respecto al vínculo de filiación entre la menor y el demandado la negativa de éste a someterse a las pruebas de histocompatibilidad, que hace presumir el acierto de la posición contraria a la que sostiene en juicio, pues ninguna otra razón puede justificar esta actitud.

Respecto al daño moral sostuvo que corresponde evaluar el daño que en estos cinco años de vida pudo haber sufrido la niña por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerada, en el ámbito de las relaciones humanas, hija de su progenitor. No se trata en cambio, del resarcimiento por las carencias afectivas que pudo hallar, en estos años, frente a su progenitor, ya que ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, sobre el cual el derecho no actúa.

➤ **Indemnización por falta de reconocimiento de un menor. Allanamiento a la demanda condicionado a que la prueba de ADN diera positiva.**²⁶

La madre en representación de su hija, inició acción de reclamación de filiación paterna e indemnización por el daño moral. El padre se allana a la acción filiatoria condicionado a que la prueba biológica diera positiva, rechazó el pedido de indemnización por daño moral y puso de relieve el tiempo que demoró la madre en reclamar en nombre de su hija, es decir, 16 años.

El Tribunal entendió que el padre no podía ser eximido del pago del daño moral, por el simple hecho de haberse allanado a la demanda condicionado al resultado de la prueba bio-lógica, ya que el mismo había reconocido en el juicio los encuentros íntimos con la madre; el conocimiento del estado de embarazo, como tampoco manifestó que la mujer hubiera tenido otras parejas, por lo que fácilmente se podía deducir que la niña era su hija y que debía haberla reconocido en forma espontánea.

En este caso el daño moral se tuvo por acreditado por la sola negativa del padre de reconocer a la hija. *“En cuanto al daño moral, éste se tuvo por acreditado por la sola comisión del hecho antijurídico que surge de los hechos mismos. Si así no fuera, no habría mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio y notorio. El transitar por la vida sin más apellido que el materno, sin poder alegar la paternidad, causa en cualquier persona un daño psíquico marcado. Tanto más debe pensarse, en un caso como el que nos ocupa, en que la menor accionante tiene ya diecinueve años, vale decir, que se encuentra en una etapa, como la adolescencia que se caracteriza por la extremada susceptibilidad, sensibilidad enmarcada en el plano de los pensamientos, necesidad de reconocimiento y afecto, cuestionamiento de la propia personalidad e inseguridad en todos los campos, a punto de sentir desprotección, desvalimiento aun cuando no es real y tanto más cuanto si hay razón para sentirlo de tal modo.”*

²⁶ Cámara Nacional Civil. Sala L. Fallo 46397. 1994.

No obstante la especialidad de los actos jurídicos familiares (lo que torna convincente una norma específica, las disposiciones legales internacionales incorporadas efectivamente a nuestra legislación; art.75 inc.22 Const. Nac.) y la regla contenida en el art.1078 del Cód. Civil, excluyen cualquier hesitación acerca de que el resarcimiento del daño moral a favor del hijo, en caso de negativa infundada de su padre a reconocerlo como tal, recibe concreta recepción normativa en nuestro derecho positivo vigente (arts.31 Const. Nac. 13 Cód. Civil)²⁷

²⁷Cám. Civ. y Com., Sala 1. “*P., M. c/ A., E. s/ Filiación, Indemnización, Daños y Perjuicios*”. La Plata. 1995

CONCLUSIONES PERSONALES

Cuando hablamos 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 moral como material. Pero esto no es sólo responsabilidad de la parte masculina de la relación, también la madre puede tener actitudes que, a veces por egoísmo, a veces por venganza hacia una pareja que no funcionó, o por negligencia ante una relación sexual aislada, impide que su hijo goce de derechos que le son reconocidos no solamente en la Constitución Nacional sino también en Tratados Internacionales o incluso en el Código Civil. 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 con respecto a la madre, pero sin decir que se libere de responsabilidad al padre que no reconoce o impide reconocer a su hijo extramatrimonial, causándole un daño en su persona y en sus expectativas de la vida en sociedad.

Por imperio a los deberes y derechos de la patria potestad que ostentan los padres, deben responder por los daños que ocasionen a su hijo por una conducta contraria al ordenamiento legal y cuando no exista una razón jurídicamente relevante que los justifique, es decir, cuando se cumplan los requisitos exigidos para la procedencia de la responsabilidad civil como son la antijuridicidad, el factor de atribución y el daño. Pero cuando es el padre que no acompaña al hijo nacido de una relación extramatrimonial, es contra él que se debe exigir la reparación por el daño moral y posible daño material causado al hijo.

No se trata simplemente de castigar actos antijurídicos, sino más bien de darle protección a una persona que ve vulnerados sus derechos por una conducta ajena, que no depende de su voluntad y que no tiene obligación de soportar.

El no reconocimiento voluntario, significa una acción omisiva que provoca un perjuicio y el derecho no puede hacer oídos sordos a ello so pretexto de no existir una norma expresa que autorice, en el caso de las relaciones de

familia, concretamente frente a la filiación, a reclamar una indemnización. El derecho es uno solo y debe integrarse como tal. Si bien este reconocimiento no es obligatorio por la ley, existen los derechos del niño nacido que deben prevalecer ante la libertad de acción del padre y exigen que se los proteja como tales, y que tanto el tutor como el ministerio pupilar vele por ellos, como lo marcan los Tratados Internacionales que han sido aceptados por nuestro país.

La Tesis Negativa, se apoya diciendo que la falta de reconocimiento ya tiene sanción en la pérdida del derecho de usufructo de los bienes del hijo, pero que hay del los bienes que el hijo deja de percibir de su padre, que al no reconocerlo deja desamparado durante su crecimiento, y lo deja fuera de una posible herencia, lo cual generaría mayores posibilidades de desarrollo para el niño.

Si bien el reconocimiento del daño moral en el hijo extramatrimonial por la falta de reconocimiento espontáneo del padre generaría una catarata de juicios al respecto, esto no puede ser un motivo para no reconocer que el daño existe y se genera en la persona del niño y que tiene que ser reparado. De ser así estaríamos generando un estado de indefensión del niño que no tiene ninguna culpa de haber nacido.

Orgaz apoya su postura negativa respecto del reconocimiento del daño moral, diciendo que ni los niños ni los dementes perciben las penurias causadas por este tipo de falencia. A mi entender esto no es correcto, ya que un niño sin padre presente tendrá complicaciones toda su vida y tendrá desventajas en sus oportunidades de desarrollo como persona.

Se debe admitir la procedencia de la acción por daño moral y o material al niño contra el progenitor que viole el derecho subjetivo derivado del derecho que es función de los padres, como el cuidado, la educación, la alimentación y la protección integral.

El progenitor de un niño que no cumpla con los deberes de la patria potestad, vulnerando la colaboración para la protección integral y cuidado del

niño que convive con el otro progenitor incurre en una conducta ilícita, y ésta genera un daño moral y material resarcible para con éste, facultándolo como legitimado activo y por derecho propio o por representación a promover la acción resarcitoria, teniendo en cuenta la aflicción y descompensación que sufre por la omisión de los deberes y funciones que corresponden al progenitor omitente.

El derecho a ser reconocido por nuestros padres es un derecho personalísimo e innato a toda persona, y que de su violación surgiría el deber implícito de reparar el daño causado al hijo, no solo por el daño material sino también por el agravio moral producido al privarlo de un apellido, del amor y cuidado paterno y del tormento social sufrido por ser caratulado como "hijo sin padre".

Igualmente, a pesar de ser un derecho personalísimo, no basta con acreditar que el daño se produjo, sino que la jurisprudencia ha acentuado a su vez que este daño pueda encuadrarse dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Como pudimos observar a lo largo del trabajo, existe una generalidad en la doctrina y la jurisprudencia moderna a reconocer la protección y eventual reparación de los derechos al nombre, al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la dignidad, a la identidad, cuando han sido vulnerados por el daño moral producido.

Cuando hablo de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre, no me quedan dudas de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel moral como material. Pero esto a veces no es total responsabilidad de la parte masculina, lo que no hace que se exima de la misma, sino que suele ocurrir que la madre, a veces por egoísmo o venganza por una relación amorosa desafortunada, impide o evita que el padre se entere de que ha nacido un hijo de dicha relación. Aunque para mí entender es el padre quién debe agotar todas las instancias en caso de que haya dudas de un posible nacimiento por la relación con su pareja.

No podemos decir que ante la falta o su uso tardío para de la facultad de iniciar la acción judicial para que el padre reconozca a su hijo, sea la madre responsable por los daños sufridos en el niño, ya que estaríamos culpando por la omisión un tercero, en este caso el padre, a la madre. Desvirtuando por completo el actuar ilícito y su respectiva reparación por parte del padre omitente.

Asimismo no debemos dejar de reconocer el arduo trabajo jurisprudencial, que han tenido los Tribunales de nuestro País en el tema; y eso ha quedado demostrado en la mayor recepción de los reclamos por indemnización ante la negativa del reconocimiento de hijos extramatrimoniales, que se viene dando en los últimos años. El derecho cambia, se modifica con el tiempo y las circunstancias, tiende a instaurar un orden social justo, valora la conducta desde un punto de vista relativo en cuanto al alcance que tal conducta tenga para los demás en una determinada sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AZPIRI, Jorge. (2002) "*Daños y perjuicios en la filiación*", Revista de Derecho de Familia N° 20, Lexis Nexis. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- ALTERINI, Atilio A. y LOPEZ CABAÑA, Roberto M. (1991) "*Cuestiones de Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*". La Ley. Buenos Aires
- BELLUSCIO, Augusto, ZANNONI, Eduardo y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. (1983) "*Responsabilidad civil en el derecho de familia*", Ed. Hammurabi, Buenos Aires
- BORDA, Guillermo A. (1993) "*Manual de Derecho de Familia*", undécima edición, Ed. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- BREBBIA, Roberto. (1991) "*El daño moral en las relaciones de familia en Derecho de Familia*". Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1972). "Teoría general de la responsabilidad civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- DIEZ PICAZO, Luis, (1999). Derecho de daño, Civitas, Madrid.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín. (1993) "*Manual de derecho civil*". Lexis Nexis Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- GAYOSO ARIAS, (1918). "*La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y positivo*", en Revista de Derecho Privado.
- MAZEAUD Henri y LEON; TUNC André, (1977) "*Tratado practico de la responsabilidad civil delictual, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ajea, Buenos Aires.*
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. (2001) "*Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad en las relaciones de familia*". Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- MENDEZ COSTA, María Josefa, (1989). "*Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente*". LA LEY. Buenos Aires.
- MEDINA, Graciela, (2000). "*Daños en el Derecho de Familia*". Sta. Fe

- Orgaz Alfredo. (1952). “El daño resarcible” editorial BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA, BS. AS.
- PIZARRO, Daniel, (1996). “*Daño moral causado a personas sin discernimiento*”, en J.A.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. (2001). “*Derecho romano*”, Astrea, Buenos Aires.
- MENDEZ COSTA, María Josefa y D’Antonio, Daniel. (2001) “*Derecho de Familia*”, T. III Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- ZANNONI, Daniel, (1996). “*Daño moral causado a personas sin discernimiento*”, en J.A.
- ZANONI, Eduardo. (1990) “*Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo*”. La Ley. Buenos Aires.

JURISPRUDENCIA

- Cámara Nacional Civil. “M., G.H. c/M., M.F. s/Daños y Perjuicios”. 29-03-00. S CAN1 TW 000C 000007
- Cámara Nacional Civil Sala A. “C., C.F. c/ D., C.H. s/ Filiación” 06-09-94. C. A148844 sentencia definitiva
- Tribunal Civil y Comercial N° 9 San Isidro, Bs. As."E., N. c/ G., F. C. N. s/Filiación extramatrimonial. Daño Moral". 1988,
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 17-3-92; minoría en fallo del 28-4-98, E.D. del 16-2-99.
- Cámara de Apelaciones de la Civil y Comercial de Corrientes, sala II. “A. E. C y otro c/ F. R. J. A s/ Daños.” 03/07/2006
- Cámara de Apelaciones en la Civil y Minería de San Juan. Sala I. “V. R. E. c/ P. H. F. M s/ Daños.” 18/08/2006.
- SCJBA, “P. M. D. c/ A. E. s/ filiación. Daños y perjuicios”. Ac. 64506. 10/11/98
- Cámara Civil y Comercial Sala I, San Isidro Bs. As. “M. C. A. c/ G. P. A. s/ filiación y daños y perjuicios”. 12-12-02.

- Cámara de Apelaciones en la Civil y Comercial de Mercedes Ctes., Sala II “G. M. C c/ C. O. N. s/ filiación e indemnización”. 18-12-07

LEGISLACIÓN

- Ley 14367, del año 1954.
- Ley 23264, del año 1985.
- Código Civil Argentino, Libro primero DE LAS PERSONAS, Título segundo DE LA FILIACIÓN.
- Constitución Nacional Argentina (1994), artículos. 14 bis, 75. Inc. 22.
- Pacto de San José de Costa Rica (1969).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	SCHIAFFINO OCTAVIO JOSE
E-mail:	ojchiaffino@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	ABOGADO

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	EL DAÑO EMERGENTE DEL NO RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL PROGENITOR OMITENTE
Título del TFG en inglés	The POP-UP DAMAGES OF NON-RECOGNITION OF THE CHILD OUT OF WEDLOCK AND THE RESPONSIBILITY OF THE PARENT OMITENTE
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Dr. Carlos Villanueva – Dra. Miriam Mendez
Fecha de último coloquio con la CAE	13-09-2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	TEXTO DE TESIS FINAL DE GRADO EN FORMATO 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)

Autorización de Publicación electrónica: Inmediata

- Si, inmediatamente
- Si, después de mes(es)
- No autorizo

Firma del alumno

