



**LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA FALTA O
NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE UN HIJO Y SU
LEGITIMACIÓN**

María Eugenia Cañada

Abogada

2017

RESUMEN

El presente Trabajo Final de Grado tiene como objeto abordar una cuestión que ha tenido un gran desarrollo tanto por la doctrina y jurisprudencia nacional: “la responsabilidad civil por el no reconocimiento de un hijo”; a su vez, ha sido uno de los puntos de reforma tras la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 587 incorpora expresamente la obligación de reparar el perjuicio injustamente causado por la falta de reconocimiento voluntario de un hijo.

La falta de reconocimiento viola derechos de la personalidad, a la identidad, a tener filiación, al emplazamiento en un determinado estado civil, concretamente en el estado de hijo, reconocido en los tratados incorporados a nuestra constitución. Por lo tanto, la negativa al reconocimiento constituye un hecho antijurídico, que ocasiona daños, genera responsabilidad civil y el derecho a indemnización a favor del hijo y madre.

El artículo establece que deben reunirse los presupuestos de la responsabilidad civil a fin de configurarse la misma.

Asimismo, en el presente trabajo se analizará la ampliación de la legitimación a los damnificados indirectos, en el artículo 1741 del mismo cuerpo normativo, incluyendo los supuestos ante grave incapacidad y muerte, a los herederos forzosos y los que reciban trato familiar ostensible.

Es por todo lo anterior que resulta pertinente la realización del presente Trabajo Final de Grado para analizar con mayor detenimiento la cuestión y sus alcances.

ABSTRACT

The following document intends to develop one of the aspects in torts law recently modified by the approval of the New Civil & Commercial Code : « The responsibility for non recognition of the child ».

Indeed, art.587 of the new regulation recognizes the obligation to compensate the prejudice caused by the lack of voluntary acknowledgment of a child.

Denial of this obligation constitutes a violation of personality rights, identity rights as well as the legal position of the child within his family: all duly enforceable by International Treaties incorporated to our legislation. That is why, the refuse of recognition shall be considered unlawful and therefore at the origin of a civil wrong upon the mother and the child.

As a matter related to the above mentioned, this work will also analyze the extent of the action of recovery in reference to indirect victims (art. 1741).

Palabras claves: Filiación; estado de familia, derecho a la identidad, responsabilidad civil, daño injustamente causado, legitimación activa.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
II. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
III. OBJETIVOS.....	10
1. Objetivo general	10
2. Objetivos específicos.....	10
IV. DESARROLLO	11
Capítulo 1 PROBLEMÁTICA VINCULADA CON LA OMISIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UN HIJO EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE FAMILIA.	11
1) INTRODUCCIÓN.....	11
2) CUESTIONES PRELIMINARES.....	12
3) FILIACIÓN. Breve análisis.....	14
A) Concepto	14
B) Determinación de la maternidad	16
C) Determinación de la paternidad	16
D) Estado de familia.	17
Posesión y título de estado	18
4) CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA	19
A) Normas y principios contenidos en la Constitución Nacional	19
5) CONCLUSIÓN:	24
Capítulo 2: FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL SISTEMA ARGENTINO.....	25
1) INTRODUCCIÓN.....	25
2) EL DERECHO A LA REPARACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. Principios fundamentales.	26
1. Bases constitucionales del derecho a no dañar a otro y a la reparación plena e integral.....	26
3) TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS.....	28
A) Nociones generales	28
B) Presupuestos de la responsabilidad civil.....	29
4) ANÁLISIS DE ANTECEDENTES EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Necesidad de puntos de reforma.	32

A. Art. 578 Código Civil y Comercial de la Nación	33
B. Art. 1741 Código Civil y Comercial de la Nación	34
5) CONCLUSIÓN.....	35
Capítulo 3: FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROGENITOR FRENTE AL NO RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE UN HIJO EN EL DERECHO ARGENTINO. LEGITIMACIÓN DEL HIJO.	37
1) INTRODUCCIÓN.....	37
2) PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	38
A) El daño	38
B) La antijuridicidad.....	41
C) La relación de causalidad.....	42
D) El Factor de Atribución.....	43
3) EXIMENTES.	44
4) LEGITIMACION	45
5) ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES	46
A. Antes de la reforma al Código de Vélez	46
B. Código Civil y Comercial de la Nación.....	48
6) DERECHO COMPARADO.....	49
7) CONCLUSION.	51
Capítulo 4: FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROGENITOR FRENTE AL NO RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE UN HIJO EN EL DERECHO ARGENTINO. LEGITIMACIÓN DE LA MADRE.....	53
1) INTRODUCCIÓN.....	53
2) PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	54
A. El daño	54
B. La antijuridicidad.....	55
C. La relación de causalidad.....	56
D. El Factor de Atribución.....	56
3) LEGITIMACIÓN	56
4) ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	59
5) DERECHO COMPARADO.....	60
6) CONCLUSIÓN	62
V. CONCLUSIÓN GENERAL.....	64
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

1) DOCTRINARIAS	67
A) LIBROS	67
B) REVISTAS	68
C) PONENCIAS	69
D) LEGISLACIÓN.....	70
A) INTERNACIONAL.....	70
B) NACIONAL.....	70
E) JURISPRUDENCIA	70
A) EXTRANJERA.....	70
B) NACIONAL.....	71

I. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Final de Grado (TFG) se propone abordar un aspecto del derecho de responsabilidad por daños, que se encuentra en estrecha vinculación con el derecho de familia: la responsabilidad civil del progenitor por el no reconocimiento voluntario de un hijo. Este cometido requiere un análisis cuidadoso y equilibrado de las normas, conceptos e instituciones a abordar, ya que resulta necesario armonizar criterios interpretativos y de aplicación de principios jurídicos que atañen a dos áreas del derecho con características disímiles: derecho de daños y derecho de familia.

Como punto de partida, corresponde determinar que la articulación pretendida se hará desde el derecho de daños, utilizando cuestiones fundamentales del derecho de las relaciones familiares.

Las profundas modificaciones introducidas en el ámbito del derecho de familia por el nuevo Cód. Civ. y Comercial generan incertidumbre respecto a la vigencia de la doctrina y jurisprudencia construida entorno al viejo Cód. Civ. en el nuevo sistema jurídico familiar. Una de las dudas planteadas, es saber si en los casos de la reparación de los daños injustamente producidos en el seno de la familia se logran solucionar con las normas de la responsabilidad civil, o si por el contrario las reglas del derecho de familia son autosuficientes para reparar los perjuicios causados en el ámbito familiar.

Se admite que resulta dificultoso llegar a concertar los principios y objetivos de la responsabilidad civil con los del derecho de familia, realizando un estudio sistemático a fin de que se efectúe sin desconocer o alterar la esencia de cada una de ellas. Ambas ramas del derecho, forman parte del sistema jurídico que nos rige, por lo tanto, se encuentran sometidas a los principios generales del derecho, dentro de los cuales está el de no dañar a otro.

El derecho de familia rechaza la imposición de limitaciones que restrinjan coercitivamente aspectos centrales para el desenvolvimiento del niño y el logro de una identidad propia: algunos de estos lineamientos derivan de la propia Constitución Nacional, de los pactos y tratados internacionales incorporados en el año 1994.

En referencia a este tema es importante determinar si los perjuicios originados por la falta de reconocimiento de un hijo deben ser reparados, que será desarrollado en el capítulo 2 del presente trabajo de investigación. Con la reforma al Código Civil y Comercial de la

Nación se constituyó la primera norma expresa que regula la reparación, ya que no existía una norma similar en el antiguo Código de Vélez Sarsfield. No obstante, a pesar del vacío legal existente, nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria reconocían la posibilidad de accionar frente a los daños causados injustamente por quien no ha sido reconocido voluntariamente por su progenitor.

Por su parte la responsabilidad civil es la obligación de resarcir el daño injustamente causado a la víctima. El sujeto que causa un daño, un perjuicio o un menoscabo a otra persona, a sus bienes o derechos debe repararlo.

El objetivo de este trabajo final de grado es analizar a lo largo del capítulo tercero, cómo se constituye la responsabilidad civil del padre frente a la omisión voluntaria de reconocimiento de un hijo, es decir cómo se configura éste supuesto de hecho en cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Es importante destacar, que esta temática ha tenido un gran desarrollo en los últimos años, tanto para la doctrina nacional como para la jurisprudencia. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido la primera norma expresa que admite el derecho a reparación por la falta de reconocimiento voluntario por parte del progenitor.

Con anterioridad a esta incorporación legislativa, nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritarias ya reconocían la posibilidad de accionar por daños y perjuicios a quien no fue reconocido voluntariamente por sus padres, como parte de la paulatina y no menos resistida introducción del derecho de daños en el marco especial de las normas de derecho de familia.

El sentido de los cambios en materia de responsabilidad civil está dado por la necesidad de asumir que en la actualidad quien sufre un daño injusto pretende que éste le sea resarcido. Esta directiva básica incide en diversos sentidos, entre otros en el factor de atribución de la responsabilidad, en la legitimación activa de la acción resarcitoria, la creación de mecanismos especiales para solicitar la indemnización.

Posteriormente abordar lo atinente a la legitimación, es decir, quienes pueden efectuar un reclamo de índole patrimonial o extramatrimonial frente al no reconocimiento voluntario de un hijo, frente a esto existen dos alternativas: el hijo y la madre, ésta última en representación de los derechos del primero y a su vez analizar si puede reclamar por derecho propio, no como damnificada indirecta ya que en ese caso únicamente podría realizarlo dado los supuesto de fallecimiento o grave discapacidad del hijo, sino como damnificada directa,

por los daños y perjuicios personales causados a la madre, independientemente de los perjuicios provocados al hijo, hipótesis que será abordada en el capítulo 4 del trabajo de investigación.

Figura que hoy no está regulado en nuestro código de fondo, y si bien la postura mayoritaria niega la admisión, hay fallos jurisprudenciales y una tendencia minoritaria que, si aceptan su procedencia, me pareció muy interesante abordar éste tema, ya que existen innumerables casos de madres solteras que son abandonadas por sus parejas ya sea en el embarazo o postparto sin brindar ayuda de modo alguno; y el mismo carece de regulación propia, es decir que nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con legislación específica en la materia que ofrezca respuestas concretas a esta cuestión, no menos preocupante.

Y finalmente, se llevará adelante un estudio que marque las diferencias o coincidencias que el tema tiene, en cuanto a su abordaje, en el derecho comparado en ciertos apartados del presente.

II. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿La ausencia u omisión de reconocimiento voluntario de un hijo genera responsabilidad civil?

III. OBJETIVOS

1. Objetivo general

- Analizar si el no reconocimiento de un hijo reúne los requisitos para que se configuren los presupuestos de la responsabilidad civil.

2. Objetivos específicos

- Analizar brevemente cuestiones previas tales como filiación estado de familia, estado de hijo y acción de emplazamiento de estado de hijo.
- Determinar y fundamentar cuáles son los derechos constitucionales vulnerados frente a la omisión voluntaria del no reconocimiento de un hijo.
- Analizar la constitucionalización del derecho privado
- Analizar la institución de la responsabilidad civil.
- Determinar cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil y como se configura en cada uno de ellos el no reconocimiento de un hijo.
- Diferenciar la legitimación actual regulada en el nuevo Código civil y comercial de la Nación y en el Código de Vélez Sarsfield.
- Describir la problemática actual en nuestro país.
- Analizar la regulación.
- Investigar casos jurisprudenciales y sus soluciones.
- Realizar un estudio del derecho comparado y sus soluciones.

IV. DESARROLLO

Capítulo 1 PROBLEMÁTICA VINCULADA CON LA OMISIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UN HIJO EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE FAMILIA.

1) INTRODUCCIÓN

Comenzando el desarrollo del primer capítulo específicamente y del trabajo de investigación en general se iniciará un análisis sobre cuestiones preliminares; realizando una aproximación teórica específica dentro del derecho de familia que necesita todo lector para comprender los inicios que fundan la problemática a investigar y que serán utilizados como base en el presente trabajo de investigación.

Se estudiará el instituto de la filiación en nuestro país, el estado de familia, sus caracteres, brindando una definición de la posesión de estado y el título de estado, y finalmente la constitucionalización del derecho de familia, a fin de hacer una aproximación de conceptos claves que serán utilizados a lo largo del trabajo de investigación.

Según el Tratado Internacional de los Derechos del Niño, todo niño tiene el derecho al pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión; debe crecer al cuidado y bajo la responsabilidad de sus padres, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (art. 5)¹, tiene el derecho a un nombre y nacionalidad (art. 3)², como así también el art. 4 establece que el niño tendrá derecho a nacer y desarrollarse en buena salud.

El derecho de familia, es el conjunto de normas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran una familia.

En tanto que, la familia debe brindar protección, desarrollo, alimentación y educación a sus hijos, intentando como mínimo satisfacer sus necesidades básicas, es el ambiente social

¹ **Art. 5 Convención Internacional de los Derechos del Niño.** “El derecho a ser orientado por tus padres El estado debe respetar el derecho y la obligación de tus padres de guiarte y aconsejarte en el ejercicio de tus derechos y en el desarrollo de tus capacidades”.

² **Art. 3 Convención Internacional de los Derechos del Niño.** “El derecho al bienestar
1. En todas las decisiones que tengan que ver contigo, se deben tener en cuenta tus intereses.
2. El estado debe proteger y garantizar tu bienestar si tus padres no pueden hacerlo.
3. El estado debe garantizar que todas las instituciones encargadas de tu bienestar (las escuelas, la policía, etc.) te ayuden y protejan de forma eficaz.”

del hombre en se desarrolla y aprende los primeros principios, valores, preparándose para una vida en sociedad. Por lo tanto, podríamos señalar que la familia es el primer agente socializador del ser humano, como ha expresado la doctrina. El estado debe preservar las familias.

Al hablar de familia, refiere a la unión de personas que comparten un grado de parentesco, ligados o asociados entre sí por lazos comunes. Constituye el principal grupo de apoyo desde el momento que nacemos, donde prevalecen valores tales como la armonía, confianza, seguridad respeto y sobre todo con base afectiva.

La filiación es el sistema dentro del derecho de familia que establece la unión entre los padres con sus hijos desde la perspectiva jurídica. La procreación genera un vínculo biológico y jurídico entre los progenitores padre-madre e hijo. Por tanto, la paternidad, es el nexo jurídico que une al padre con su hijo, en virtud del cual surgen derechos y obligaciones recíprocos entre aquél y éste. Al igual que maternidad es el nexo que une a la madre con su hijo.

Se hará referencia a los modos existentes para determinar la filiación; y las consecuencias que trae la no determinación del vínculo, es decir la violación a derechos provenientes de las relaciones de familia que son reconocidas por la constitución nacional mediante los tratados de derechos humanos incorporados a la carta magna en 1994.

2) CUESTIONES PRELIMINARES

El derecho de familia, es la rama del ordenamiento jurídico que regula las relaciones que existen dentro de los integrantes de un mismo grupo familiar. Las personas integran una organización social que es la familia, ésta tiende a satisfacer las necesidades humanas ya sea emocionales, biológicas, de pertenencia, entre otras. Eduardo Fanzolato (2007, pp. 30-31) señala que:

“La familia envuelve la vida entera de la persona, como una sociedad total integradora que abarca los más diversos aspectos de la vida del hombre y dentro de la cual se cumplen los fines fundamentales de la vida del hombre y dentro de la cual se cumplen los fines fundamentales de la vida. En la familia el hombre puede realizarse plenamente, como persona; dentro de ella, día a día puede formarse y mejorar haciéndose cada vez más un ser humano, es decir, que la familia le permite su humanización y la búsqueda de su propia identidad. Fundamentalmente en el ámbito familiar, se forman seres humanos en su integralidad, se culturaliza, se enseña y se aprende el idioma, se

instruye y se educa, se transmiten valores morales y religiosos, se rinde culto a la justicia, se generan sanas obediencias y necesarios afectos; se inculcan y se desarrollan importantísimos hábitos de vida, de orden, de disciplina, de ahorro y de trabajo. La creación de hábitos tiene gran trascendencia en la formación integral porque, adquiridos por la persona, la acompañan durante el resto de su existencia”.

La organización de las familias ha sido objeto de innumerables cambios con el devenir del tiempo. Ésta evolución en las distintas etapas de la historia, permite comprender no sólo el rol que la persona ha desempeñado en los ámbitos más íntimos, sino también evaluar la estructura que hoy presenta la institución de la familia.

Eduardo Fanzolato (2007), admite que en la época primitiva, el grupo familiar no se fundaba en base a las relaciones individuales entre los miembros de la tribu, sino que las relaciones sexuales existían entre todos los hombres y mujeres que componían su comunidad, imposibilitando a que se pueda determinar la paternidad desde el nacimiento del niño, lo que permite afirmar indica el autor que, en su origen, la familia tiene carácter matriarcal, pues es exclusivamente junto a la madre, por ser ella conocida, que el hijo crece, se alimenta y educa; ésta libertad del hombre de entablar relaciones con diversas mujeres sin exclusividad con ninguna es lo que se ha llamado la familia sindiásmica, Evolucionando la familia hacia una organización asentada en las relaciones entre un solo hombre y una sola mujer llamada, unión monogámica, imponiendo un orden en la sociedad, propendiendo al beneficio del hijo.

En el intento de dar una definición de familia, Nora Lloveras señala, que “*es el primer agente socializador del ser humano (..)*” (Lloveras, at el, 2015, p.43).

Por su parte Zannoni la define como:

“(…) el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar: a) Desde el punto de vista jurídico: conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos emergentes del matrimonio o del parentesco. En este sentido la familia comprende tres órdenes de relaciones: las conyugales, las paterno-filiales y las parentales. b) Desde el punto de vista sociológico: restringe el concepto de familia al núcleo paterno filial, llamado pequeña familia o familia nuclear. Se define en este sentido como la agrupación natural formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad”. (Bossert, Zannoni, 2016, p.5)

Y a fin de brindar otra definición, Fanzolato (2007, p.27) sostiene que “*La familia es una comunidad natural de personas que se agrupan sobre la base de las relaciones*

intersexuales que genera la convivencia (Matrimonial o de hecho) y los vínculos de sangre o nexos biológicos”.

3) FILIACIÓN

Breve análisis

A) Concepto

En el *Diccionario de la Real Academia Española* se define la filiación como” la procedencia de los hijos respecto a los padres” (Real Academia Española, 2014, pág. 968).

Nuestra doctrina ha esbozado diversas conceptualizaciones que guardan semejanzas con la mencionada *in supra*, así, por ejemplo, Belluscio afirma, “*que la filiación es el vínculo jurídico, que está determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos*” (Belluscio, 2004, p. 245). Es decir que, es el estado de familia derivado de la relación que puede darse entre dos polos: el hijo y sus padres (padre o madre).

Tal y como lo afirma María Victoria Famá (2009, p. 2) en su obra,

“(…) cuando intentamos dar una definición de filiación aparece el vínculo biológico como un elemento indispensable. Sin embargo, para referir a la filiación, esa realidad biológica, se debe trasladar a un plano jurídico, para que de esa forma se puedan generar derechos subjetivos familiares derivados de ese vínculo (...)”.

Ésta presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico es acreditado, la paternidad o maternidad quedan jurídicamente determinadas. Determinación es entonces, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta (Bossert y Zannoni, 2016).

El Código Civil y Comercial de la Nación, establece las distintas fuentes que puede tener lugar la filiación, ya sea por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción. El artículo 558³ del nuevo código explica que ninguna persona puede

³ **Art. 558 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

tener más de dos vínculos filiales. Las primeras (por naturaleza o filiación consanguínea) pueden darse según sea:

- Filiación matrimonial.
- Filiación extramatrimonial.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en presentación del nuevo código indica que filiación por naturaleza, mantienen los principios generales prácticamente inalterables del Código Civil de Vélez se establece que la filiación por naturaleza, genera vínculos jurídicos entre el hijo engendrado, con su padre y madre, el fundamento básico es el vínculo biológico.

La filiación por técnicas de reproducción humana asistida, tiene fundamento en un acto derivado de la ciencia médica y en la voluntad procreacional con independencia de quién haya aportado el material genético, ya que por ejemplo en el caso que se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno entre ellos.

Con respecto a la adopción, vincula al hijo con el o los adoptantes. La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen. La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante; salvo las excepciones que establece el art. 621. A su vez, se incorpora un nuevo tipo de adopción denominada como adopción de integración, por la cual se mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

El artículo 559⁴ del nuevo código, establece que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas deberá expedir únicamente certificados de nacimiento, que sean redactados sin dar a conocer el dato de si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

⁴ **Art. 559 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.”

B) Determinación de la maternidad

La maternidad queda determinada con la prueba del parto y la identidad del recién nacido (art. 565 C.C.C.)⁵. La prueba del parto se acredita con el certificado médico expedido por el obstetra que intervino en el nacimiento o cualquier agente en la clínica u hospital donde se produjo el parto.

La determinación de la maternidad según lo establece María de los Ángeles Bonzano, “(...) *opera independientemente de que se trate la madre de mujer casada o no; esto implica que tanto en la filiación matrimonial como extramatrimonial el vínculo materno-filial queda establecido del mismo modo*” (Lloveras, et al, 2015, p. 459).

C) Determinación de la paternidad

Luego de establecida la maternidad, la cual se constata por el hecho del parto, opera la presunción de que el esposo es el padre, razón por la cual se dice que, en la filiación matrimonial, probada la maternidad queda, al mismo tiempo, acreditada la paternidad del marido y, por ende, la filiación paterna y materna es conjunta.

En el caso de hijos de matrimonio, Bonzano indica que la paternidad se establecía según la presunción, pues, a partir de ciertos hechos conocidos, como el matrimonio y la maternidad, y de antecedentes que se supone que concurrían, por tener cierta base real, que eran: la cohabitación entre los cónyuges y la fidelidad de la mujer. Se presume que son hijos del o la cónyuge, aquellos nacidos después de la celebración del matrimonio, y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho (en este caso el nacido debe ser inscripto como hijo, siempre que concurra consentimiento de ambos) o por muerte (art. 566 C.C.C.)⁶, resultando

⁵ **Art. 565 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.

Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

⁶ **Art. 566 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

indiferente para la ley que la concepción haya tenido lugar antes o después de las nupcias. Esta presunción no rige para los casos de técnicas de reproducción humana asistida ya que en ellas rige cuando el padre haya prestado consentimiento previo, libre e informado (Lloveras, et al, 2015).

El art. 569⁷ del Código Civil y Comercial establece las formas en las que puede determinarse la filiación ya sea matrimonial o extramatrimonial, aunque la segunda sólo puede quedar determinada por la voluntad, es decir el reconocimiento de tal filiación.

D) Estado de familia

A través de la filiación, nace para el hijo el estado de familia y estado de hijo. Mediante éste estado de familia señala Graciela Medina (2013), se crean una serie de derechos y deberes que pesan sobre los miembros de la relación paterno-filial. Desde el momento de la procreación nace ya éste deber del padre a reconocer a su hijo, estableciendo de esta manera que todo hijo tiene un derecho constitucional y supranacional, que es otorgado por la Convención de los Derechos del Niño a conocer su realidad biológica.

El estado de familia indica Nora Lloveras; *“describe la posición de una persona dentro de una concreta familia que integra, en cuya virtud, esa persona puede ejercer derechos subjetivos y cumplir los correlativos deberes derivados de las relaciones familiares. (...)”* (Lloveras, et al, 2015, p.103). Es un atributo de la personalidad, así una persona puede tener el estado de casado, estado de hijo, estado padre, soltero, etcétera.

Por lo tanto, el estado de familia es una particular atribución a la persona que efectúa el ordenamiento jurídico como sujeto de relaciones jurídicas familiares

El reconocimiento de un hijo, es un acto voluntario, es personalísimo, ya que únicamente la persona que asuma la paternidad puede realizarla, es irrevocable, no puede

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.”

⁷ **Art. 569 Código Civil y Comercial de la Nación.** ”Formas de determinación. La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:

a) por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas;
b) por sentencia firme en juicio de filiación;
c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

sujetarse a modalidades que puedan alterar sus consecuencias legales, ni requiere la aceptación del hijo, puro, simple y unilateral; es un acto lícito cuyo fin inmediato es el producir el efecto jurídico del reconocimiento en el estado de hijo (Medina, 2013).

Posesión y título de estado

Poseer un estado es, gozar de las ventajas que a él se atribuyen, como así también soportar las cargas que conlleva, por lo que la posesión de estado de hijo puede entenderse como la reunión de hechos que indican la existencia de una relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que pretende permanecer, es decir ocupar una determinada situación que en este caso sería la de hijo. La posesión de estado según lo indica Nora Lloveras, “(...) es independiente del título de estado, es decir de la prueba de la acreditación legal del estado de familia que se posee (...)”. (Lloveras, et al, 2015, p.110). La autora indica que, si bien existe una conexión entre posesión y título de estado, dado que quien la ejerce lo hace teniendo en miras los elementos que conforman un determinado estado de familia como ser el nombre, el reconocimiento social o “fama”, entre otros, y esto va a estar respaldado por la prueba de la vivencia de ese estado que es el título. (Lloveras, et al, 2015)

La posesión de estado puede verse como el reconocimiento de hecho o reconocimiento tácito de la relación paterno-filial, los elementos del mismo son: apellido: ya sea de la madre o del padre, el trato de hijo proporcionado por sus progenitores y la publicidad, es decir el reconocimiento social de pertenencia a un cierto grupo familiar. (art.584 C.C.C)⁸

El reconocimiento de estado es la acción que compete al hijo para reclamar su estado, es imprescriptible para él y sus descendientes. La acción puede ser dirigida contra la madre, el padre, o ambos. Dicha acción, tal y como lo establece el art. 576 del Código Civil y Comercial de la Nación, no prescribe, ni caduca por la inactividad de las partes ni por el transcurso del tiempo, tampoco por renuncia expresa o tácita, lo que sí prescribe son los derechos patrimoniales que ya han sido adquiridos.

La falta de reconocimiento viola derechos de la personalidad, a la identidad, a tener una filiación, al emplazamiento en un determinado estado civil, concretamente en el estado

⁸ **Art. 584 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Posesión de estado. La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético.”

de hijo, reconocidos en los tratados incorporados a nuestra Constitución Nacional, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo tanto, la negativa al reconocimiento voluntario constituye un hecho antijurídico que, si ocasiona daños, genera responsabilidad civil y el derecho a la indemnización a favor del hijo afectado.

El hijo puede reclamar su reconocimiento, tal y como lo determina el art 582 del C.C.C, en el caso de la filiación matrimonial contra sus padres en forma conjunta, cuando ésta no resultare de la inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las personas; y la extramatrimonial contra quienes considera que sean sus progenitores. Si uno de ellos hubiere fallecido, la acción va dirigida a los herederos. Puede iniciar la acción en cualquier momento, como habíamos mencionado, no prescribe la misma, y en el supuesto de fallecimiento sus herederos pueden continuarla o promoverla por él (Ar 582 C.C.C)⁹. La única excepción para aplicar la regulación prescrita es en los casos de hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

4) CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

A) Normas y principios contenidos en la Constitución Nacional

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha encaminado las fuerzas tanto sociales, culturales, normativas y políticas hacia una constitucionalización del derecho privado, basado en el principio de realidad. Uno de los objetivos era la universalización de los derechos humanos consagrados en nuestra ley suprema desde la reforma del año 1994.

El derecho de familia ha sido considerado como una rama del derecho privado, pero a la vez formado por instituciones que derivan del orden público, como ser la filiación, el

⁹ **Art. 582 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Reglas generales. El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente. El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores. En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos. Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.”

matrimonio, el divorcio, adopción, entre otros. Éstas instituciones propias del derecho de familia desde sus orígenes fueron delineadas por el estado. A lo largo de la historia, existieron distintos tipos de modelos de familia que han ido evolucionando con el correr de los años, por lo que según indicó Luis Díez-Picazo, la familia no es una institución natural, sino más bien un producto cultural, que no ha sido ajena a los cambios y devenires que se han producido.

Cuando mencionamos que las sociedades están en constantes cambios, no podemos dejar de notar que ello ha devenido en un obligado cambio de las diferentes realidades por las que atraviesan las familias y la forma en que el estado debe responder con iguales o distintas herramientas, pero siempre garantizando los mismos derechos a cada uno de los integrantes de las familias, con prescindencia de su conformación. (Díez-Picazo, 1984).

El derecho no puede ser ajeno a éstos cambios sociales, por lo que debe atender a las distintas realidades que se vayan presentando, recogerlos e ir amoldándose a las nuevas necesidades de la sociedad. Teniendo presente esta nueva concepción de las familias y de la sociedad, el estado debe tender a la preservación de esta institución, a través de la consideración de los derechos humanos de cada uno de los integrantes de la familia, es decir que las familias deben ser protegidas por el estado, interpretando un rol activo, asegurando que los derechos no corran peligro de ser dañados.

El Derecho de Familia ha sido estudiado por los juristas concibiendo a la familia como una institución jurídica, formada por un complejo entramado de relaciones, que está regida por normas jurídicas. Es decir, para los juristas siempre la familia ha sido una realidad jurídica. Por otro lado, la sociología la concibe como una realidad social, para la cual el derecho le es algo ajeno. Así lo ha explicado Luis Díez-Picazo, quien también sostiene que,

“las relaciones entre familia y Derecho son dos círculos secantes, entre los cuales hay sólo una zona en común. Habría de este modo, un campo de la vida familiar regulado por el Derecho (Derecho de Familia) y otro amplio campo de la vida familiar extraño o ajeno al Derecho, que formaría el llamado no-Derecho”. (Díez-Picazo, 1984, p. 21).

Continúa el autor sosteniendo que:

“(…) el Derecho recibe y juridifica algunas reglas que previamente han sido éticas, pero que hay otras reglas de derecho cuyo origen no puede encontrarse en la ética. Su origen se relaciona más con intereses sociales, con realidades económicas o con modos de producción. El Derecho trata de resolver aquellas cuestiones o aquellos

conflictos que son reconocidos en cada momento histórico como justiciables, esto es, que pueden y deben ser sometidos a una decisión de los jueces. (...)” (L. Díez-Picazo, 1984, p. 22)

Por lo tanto, el derecho rige la vida cotidiana de los individuos, es menester que las leyes se adapten y sean permeables a todos los avances, y al mismo tiempo el estado debe velar por la protección de los derechos humanos de forma coherente con todo el ordenamiento jurídico a todos los miembros de una sociedad. Germán J. Bidart Campos ha manifestado que

“(…) las obligaciones a las que se compromete el Estado en los tratados de derechos humanos internacionales “aparejan y proyectan un deber ‘hacia adentro’ de los estados, cual es el ya señalado de respetar en cada ámbito interno los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del estado-parte”. (Bidart Campos, 2009, pp.506-7).

Los derechos humanos, según Bidart Campos, encuentran su pilar fundamental en el principio de igualdad, consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos; pero para alcanzarla se requiere en primera instancia emparejar la situación de todos los individuos, neutralizando obstáculos o desigualdades sociales, culturales, económicas, políticas, a fin de igualar las posibilidades de todos para el desarrollo integral de la personalidad de cada uno y entonces promover el acceso efectivo al goce de derechos personales. Este principio de igualdad debe interpretarse de manera armoniosa con el principio de no-discriminación; (art. 16 de la CN), la igualdad que garantiza el artículo, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: ‘igualdad entre iguales’.

Otro principio fundamental es el principio de autonomía impregnada en distintos ámbitos de la vida de las personas: de su persona y de su familia. a) cada individuo en su ámbito personal debe poder gozar de su autodeterminación. Ésta se expresa en el derecho a manifestarse y actuar libremente de acuerdo a las propias leyes- Este derecho a la libre determinación se origina en la dignidad humana y es inescindible del derecho a la libertad. Se lo puede resumir como el estado de libertad que puede coexistir con el de los demás respetando siempre el principio no dañar a otro, cumpliendo con los requisitos del principio de reserva consagrado en la Constitución Nacional, en su artículo 19. Hofft, (1999) citado por Germán Bidart Campos (2009, párr.5), continúa el autor con respecto al ámbito familiar,

b) así como cada individuo goza de su derecho a la autodeterminación en cada una de sus decisiones personales, la familia conforma una faceta más en la vida de las personas, y no queda exenta de esa autonomía de la voluntad. Como dijimos anteriormente, no existe un único modelo de familia es más, con el devenir del tiempo, a lo largo de los siglos, el avance de la sociedad ha originado diferentes, adecuándose a las necesidades de cada época. Lo cierto es que los cambios sociales llevan siempre muchos años de gestación y desarrollo para imponerse sobre otros, y ellos llevan la impronta de la voluntad de cada uno de los individuos que han vivido en esas épocas. Las diferentes y múltiples formas familiares que existen en nuestra sociedad, si bien son el resultado de años de gestación, también son el resultado del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, no sólo sobre su propia vida, sino sobre su vida familiar. Cada individuo, más allá del derecho positivo del lugar en el que vive, decide formar su familia del modo en que lo considere apropiado. Este modelo nuevo de familia nace en un modelo democrático, en tanto los individuos además de respetar su libre determinación, o su autonomía personal, respetan la del resto de los integrantes de la familia, y basados en los principios de tolerancia y solidaridad crean su propio modelo de familia. (Bidart Campos, 2009)

Los derechos personalísimos han sido incorporados al texto del Código Civil y Comercial de la Nación, se consagra el reconocimiento y respeto de la dignidad de la persona. Cuando ésta se ve perturbada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o de cualquier otra manera que resulte en forma notoria un menoscabo en su dignidad, puede reclamar la reparación de los daños sufridos. (art. 51 y ss.)¹⁰

El derecho a la identidad, como lo indicó María Victoria Famá (2012), es uno de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Nacional y en el plano internacional, como inherente a la esencia y existencia de todo ser humano, se corresponde con la consagración del interés superior del niño, tanto en las cuestiones administrativas, legislativas y judiciales. Asimismo, la Convención de los Derechos del Niño establece que todo niño tiene derecho a conocer a sus padres. Desde su nacimiento, el niño tiene derecho a tener un nombre y un apellido. Todo niño debe ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, ya que los padres tienen la obligación de informar el nombre, el apellido y la

¹⁰ **Art. 51 Código Civil y Comercial de la Nación.** Derecho y actos personalísimos “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.”

fecha de nacimiento del recién nacido. Esta acción supone el reconocimiento inmediato por parte del Estado de la existencia del niño, y la formalización de su nacimiento ante la ley. Además, su registro permitirá al niño preservar sus orígenes, es decir, las relaciones de parentesco que lo unen a sus padres biológicos. (art. 7)¹¹.

La falta de reconocimiento, afirmó Graciela Medina viola derechos de la personalidad, a la identidad, a tener una filiación, al emplazamiento en un determinado estado civil, concretamente en el estado de hijo, reconocidos en los tratados incorporados a nuestra Constitución Nacional, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo tanto, la negativa al reconocimiento voluntario constituye un hecho antijurídico que, si ocasiona daños, genera responsabilidad civil y el derecho a la indemnización a favor del hijo afectado. (Medina, 2013)

Por lo tanto si el progenitor no reconoce voluntariamente su paternidad, el damnificado, el hijo, por la inacción está legitimado para demandar que aquella sea declarada judicialmente, pues, como ha señalado Bidart Campos, el derecho a la identidad, entendido como el conjunto de características físicas, jurídicas y sociales que permiten separar a cada una de las personas en el entorno donde se desarrollan, se integra por, entre otros, el derecho de la persona a conocer su origen genético y la identidad de sus padres. (Bidart Campo, 1993)

Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni (2016, p. 462-463), indicaron que

“(…) el hijo que no fue espontáneamente reconocido por sus progenitores, y que debe reclamar judicialmente su filiación, tiene derecho a demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por la omisión del progenitor; particularmente, el resarcimiento se referirá al daño moral padecido. La procreación engendra el deber de reconocer al hijo y emplazarlo en el estado que le corresponde, con los consecuentes derechos que de ello derivan. No habiéndolo hecho el progenitor, sabiendo que lo era, su omisión es un proceder, ilícito que engendra su responsabilidad (…)”

¹¹ **Art. 7 Convención de los Derechos del Niño.** “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

5) CONCLUSIÓN

De un análisis preliminar es posible afirmar que, las familias han experimentado profundos cambios a lo largo de la evolución de la sociedad y por ende del hombre. Hoy, es indiferente quiénes son los miembros que conforman una familia, atento a que no existe un único modelo de familia. El nuevo código de fondo ha previsto estos avances intentando amparar los diversos cambios producidos. No obstante, como hemos analizado, si bien la estructura y conformación de las familias han variado, los derechos y obligaciones de sus integrantes se mantienen intactos.

La filiación, es el vínculo jurídico existente entre padres y los hijos. Cuando ese nexo biológico es acreditado, la paternidad o maternidad quedan jurídicamente determinadas.

A lo largo del capítulo se analizaron las formas de determinación de la filiación, la maternidad quedaba determinada por la prueba del parto y la identidad del nacido, en cambio la determinación de la paternidad variaba en los supuestos de filiación matrimonial y extramatrimonial, en éste último quedaba librada a la voluntad del progenitor de reconocer a su hijo.

El reconocimiento de un hijo es el deber legal que pesa sobre los padres, a través del cual se le otorga el estado de familia al niño, es decir el posicionamiento del mismo como miembro integrante de una familia, es un atributo de la personalidad. Todas las personas poseen un estado dentro de las relaciones de familia como ser: esposa, concubina, soltero, hijo. Los elementos del estado de familia son las relaciones jurídicas que nacen de los vínculos jurídicos ligando a una persona con otra u otras.

Si nos encontramos frente a la hipótesis del no reconocimiento de un hijo, la filiación no se encuentra configurada, es decir que no está individualizado el estado de familia, se deberá proceder por las acciones respectivas, a obtener el título de familia que corresponda.

A su vez, la constitucionalización del derecho privado ha contemplado también al derecho de familia y considerado digno de tutela derechos humanos y derechos personalísimos que, en caso de ser vulnerados, como vimos, entrarían en la esfera del derecho a la reparación. De esta manera afirmamos la hipótesis planteada en el presente capítulo.

Capítulo 2: FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL SISTEMA ARGENTINO

1) INTRODUCCIÓN

En esta etapa del trabajo investigativo corresponde dar un sustento teórico y normativo de conceptos claves que van a ser utilizados a lo largo del capítulo, y que es menester desarrollarlos. Previamente se caracterizaron cuestiones preliminares en el derecho de familia, a continuación, procederemos de la misma manera, pero acerca del derecho de daños, caracterizándolo el Dr. Ramón D. Pizarro (2013), como la rama del derecho privado que se encarga de prevenir, reparar y eventualmente sancionar con el fin de dismantelar los efectos del ilícito dañoso, injustamente causado, el cual genera prioritariamente la responsabilidad del autor del daño de volver a la víctima al estado anterior a que se produzca el ilícito dañoso y en caso de imposible, indemnizar de manera sustitutiva con dinero.

Tal como lo indica la definición que se extrajo de la obra de Pizarro, el derecho de daños, se encuentra dentro de la rama del derecho privado, y abarca las cuestiones relativas a la prevención, reparación y punición de los daños. No obstante, en el presente trabajo de investigación analizaremos únicamente lo atinente a la función reparadora del daño injustamente causado.

Se comenzará analizando dicha función, que tiene como fin llevar a la víctima a la misma situación en que se encontraba antes de que ocurra el daño.

Prosiguiendo con uno de los avances más importantes que ha tenido en los últimos años tanto la doctrina, como la jurisprudencia nacional, la constitucionalización del derecho privado, concretamente en el derecho de daños a través del principio de no dañar a otro y de la reparación plena e integral consagrados como derechos constitucionales.

2) EL DERECHO A LA REPARACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Principios fundamentales

1. Bases constitucionales del derecho a no dañar a otro y a la reparación plena e integral

El derecho de daños ha evolucionado profundamente en las últimas décadas. Las funciones se han ampliado, tanto en la prevención como en la reparación y punición. Podría decirse que ha sido objeto de múltiples transformaciones tanto en lo conceptual como en lo funcional.

De lo mencionado, cabe destacar con respecto a lo concerniente en el derecho a la reparación del daño material o moral, injustamente sufrido, fue reconocido como derecho constitucional por la Corte Suprema.

La función más importante de todas, señala Pizarro & Vallespinos (2014), es la función resarcitoria del derecho de daños. Cuando referimos a resarcimiento, hacemos alusión a la forma de distribuir los perjuicios en la sociedad, no a una sanción. La idea de resarcimiento, es decir para que el daño sea resarcido debe ser consecuencia de una conducta contraria a derecho, es menester que esté ligada a uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, la antijuridicidad.

La reparación del perjuicio intenta colocar a la víctima en el mismo estado en el que se encontraba previo al hecho dañoso.

Existen dos principios fundamentales dentro del derecho de daños que son reconocidos por la Constitución Nacional, uno de ellos

El artículo 19 de nuestra Constitución Nacional establece,

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Consagrando así el principio de “*naeminem laedere*” (no dañar a otro), Pizarro & Vallespinos (2014, p. 50) señala, “(...) *implica una presunción iuris tantum de que todo daño causado es antijurídico, salvo que exista una causa de justificación*”.

El derecho a la reparación del daño material o moral injustamente sufrido, ya había sido admitido por la Corte Suprema, en numerosos fallos, como derecho constitucional. Ramón Daniel Pizarro (2013),

En el precedente dictado en “Santa Coloma”¹², la Corte dijo que,

“la sentencia apelada lesiona el principio “*alterum non laedere*” que tiene raíz constitucional (Art.19 CN) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna” (considerando 7°).

Y agregó seguidamente: “*Que (...) no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social*” (considerando 8°).

El mismo día, en “Gunther”¹³, la Corte Suprema de Justicia de La Nación, reconoció expresamente que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional, con sustento, también en el Art. 19 Constitución Nacional. El principio “*alterum non laedere*”, señala Pizarro (2014), se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación y tiene raíz constitucional, a su vez, la reglamentación que hace el código de fondo en cuanto a las personas y sus responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

Otro principio de rango constitucional es el de reparación plena e integral, que según Pizarro & Vallespinos (2014, p. 61) “(...) *implica la razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación*”. La equivalencia jurídica debe ser razonable y está sujeta señala el autor a cuatro reglas:

- 1) El daño debe ser fijado al momento de la decisión;

¹² CSJN, 5/8/66, Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos, Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625

¹³ CSJN, 5/8/86, Gunther, Fernando v. Gobierno Nacional, Fallos 308: 1118 y JA, 1987- IV- 653

- 2) La indemnización no debe ser superior al perjuicio;
- 3) La valoración debe realizarse en concreto y
- 4) La reparación no puede ser superior al daño sufrido por la víctima.

En 1997, Isacio Aquino, de 29 años, sufrió un accidente laboral, siguiendo instrucciones de su empleador, colocaba una membrana en el techo de chapa de un depósito de camiones de la empresa donde el joven trabajaba. En esas circunstancias, cayó desde una considerable altura, cuando una de las chapas cedió. La incapacidad diagnosticada fue del 99,9 % de su capacidad obrera, quedó completamente imposibilitado de realizar cualquier tipo de actividad. En este caso, la Corte¹⁴ proclamó que el principio constitucional de la reparación debe ser integral, por considerarla la indemnización justa.

3) TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS

A) Nociones generales

La responsabilidad civil según la definió Ramón Daniel Pizarro, “*es la obligación de resarcir el daño injustamente causado*”. (Pizarro & Vallespinos, 2014, p. 45).

En la definición dada, cabe aclarar que la obligación refiere al deber que pesa sobre el infractor de un interés jurídicamente tutelado, de reparar el perjuicio ocasionado a la víctima.

Asimismo, podemos observar que es necesario que:

- Exista un daño causado a otro, y no hay responsabilidad sin daño material o moral resarcible.
- Ese daño debe ser injustamente causado.
- La obligación de resarcir el daño causado tiene una finalidad jurídica reparadora.
- La reparación del daño debe ser realizada en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico, lo cual nos lleva a tener en cuenta los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad.

¹⁴ C.S.J.N 2 1/9/2 “Aquino. Isacio v. Cargo Servicios Eficientes SA s/accidente- Ley 9688”

B) Presupuestos de la responsabilidad civil

Para que se configure la responsabilidad civil es necesaria la presencia de 4 requisitos, elementos que condicionan las consecuencias que se generan con motivo de la producción de perjuicios: daño injustamente causado, antijuridicidad, nexo causal y factor de atribución. Pizarro y Vallespinos, advierten que estos cuatro requisitos deben darse siempre para que exista responsabilidad por daños, los doctrinarios hacen la comparación con las patas de una mesa, sin alguna de ellas la mesa cae.

El daño debe ser injusto, lo que no necesariamente significa que debe siempre provenir de un acto ilícito, o que sea menester que haya habido culpa en la conducta del agente. Hay daño cuando se lesiona un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico a una persona, a su patrimonio, etc. (art. 1737 CCC)¹⁵. El perjuicio causado a una persona, como lo indica Ramón Daniel Pizarro (2004), puede ser de naturaleza patrimonial, o extrapatrimonial o moral. El primero puede ser definido como el detrimento de valores económicos o patrimoniales y el daño no patrimonial, es la minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible.

Ramón Daniel Pizarro nos brinda una conceptualización de los cuatro requisitos esenciales que como dijimos, deben estar presentes para que se configure necesariamente la responsabilidad:

La antijuridicidad, es toda conducta contraria a derecho, es decir que resulte “*contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado*”. (2004. P. 119)

La relación de causalidad, según Pizarro,

“(…) es la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido. Es el nexo que vincula materialmente y de manera directa al incumplimiento obligacional o al acto ilícito con el daño, y en forma sucedánea e indirecta, a éste con el factor de atribución“. (Pizarro & Vallespinos, 2014, p. 137)

El último, el factor de atribución, constituye “*el elemento valorativo o axiológico, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas*”

¹⁵ **Art. 1737 Código Civil y Comercial de la Nación.** Responsabilidad Civil “Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia”

del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona". (Pizarro & Vallespinos, 2014, p.153)

Se puede clasificar en subjetivos, el dolo y la culpa, mientras que dentro de los objetivos encontramos la garantía, el riesgo creado, el deber calificado de seguridad y la equidad. (2004)

Y, por último, el autor nos manifiesta que para ciertos casos pueden existir ciertos eximentes, éstos *"son circunstancias que operan enervando la antijuridicidad, la relación de causalidad o los factores de atribución"*. Los mismos poseen gran importancia ya que *pueden aminorar o eximir la responsabilidad por daño al sindicado como responsable.*" (Pizarro y & Vallespinos, 2014, pp. 191-192).

Clasificación de las eximentes, viene dado por la vinculación con los presupuestos de la responsabilidad civil, éstos son: antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución. Con respecto a la antijuridicidad, las causas de justificación, actuarían como eximentes, por ejemplo: la legítima defensa, para que opere esta causal es necesario, indica Pizarro: a) que exista una agresión ilegítima; b) que la misma recaiga sobre la persona o bienes materiales o morales de quien se defiende o de un tercero; c) el ataque debe ser actual y no meramente potencial; d) el medio utilizado para impedir o rechazar la acción debe ser razonable; y e) no debe haber existido provocación por parte de quien se defiende. Estado de necesidad, esta causal de justificación está regulada por el art. 34 del código penal inc. 3¹⁶ como así también regula las causales de ejercicio regular de un derecho (inc. 4) y cumplimiento de una obligación legal (inc. 5). Éstos últimos deben realizarse siempre dentro de los límites reconocidos por el ordenamiento jurídico. Las causas de justificación enervan la antijuridicidad de la conducta y pueden operar eximiendo de responsabilidad al sindicado como responsable. (Pizarro & Vallespinos, 2014)

Se admiten como eximentes vinculadas con el factor de atribución: en materia de responsabilidad subjetiva, si la responsabilidad se asienta en la idea de culpa, la prueba de la no culpa o ausencia de culpa es suficiente para liberar al agente. Por ejemplo, se admiten: las

¹⁶ **Art. 34 Código Penal.** No son punibles: (...) 3°. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño; 4°. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo; 5°. El que obrare en virtud de obediencia debida;(...).

causas de inculpabilidad: error de hecho esencial y excusable; error no excusable, pero provocado por dolo de un tercero, violencia o intimidación. Cuando esto sucede el acto deviene, sin intención y sin libertad respectivamente. Y en materia de responsabilidad objetiva; acreditando la ruptura del nexo causal por parte del sindicado como responsable.

Y por último las eximentes vinculadas con la relación de causalidad y los factores objetivos de atribución: el hecho de la víctima, el hecho de un tercero por el cual no debe responder o caso fortuito. El primero, ocurre cuando el accionar del damnificado puede afectar, excluyendo o aminorando la responsabilidad del sindicado como responsable. El hecho de un tercero extraño por quien no se debe responder, aquí se interrumpe el nexo causal ya sea de manera total o parcial, demostrando que el sindicado como responsable no debe responder ya que el daño fue causado por tercero ajeno a él. Y el tercero, caso fortuito, el código lo define como: “aquel que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”. (Pizarro, 2004)

Ramón Daniel Pizarro indica en su obra que *“una vez configurados los presupuestos de la responsabilidad civil, se genera una obligación de resarcir el perjuicio causado, susceptible de ser exigida judicialmente a través de la articulación de la acción pertinente”* (2004, p. 203). Los legitimados activos de dicha pretensión son, en materia de legitimación por daño moral “en principio solo el damnificado directo puede reclamar dicha reparación; excepcionalmente, cuando del hecho dañoso hubiese resultado la muerte o gran incapacidad de la víctima, podrán hacerlo *iure proprio*, ciertos damnificados indirectos: los herederos forzosos” según reza el art. 1741 C.C.C.

De lo dicho, cabe advertir que la regla es que reclama la persona que padece el daño, el damnificado, es decir que es a título personal. La excepción es que, ante la muerte o gran incapacidad de la víctima por causa de un evento dañoso, pueden reclamar los damnificados indirectos (por *iure proprio*), es decir las personas que padecen un daño propio derivado del ilícito que sufre un tercero. (Art.1741 C.C.C.)¹⁷

¹⁷ **Art. 1741. Código Civil y Comercial de la Nación.** “Responsabilidad Civil. Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”

4) ANÁLISIS DE ANTECEDENTES EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Necesidad de puntos de reforma

Existieron dos reformas sumamente importantes que hacen a puntos centrales del presente trabajo de investigación, éstas son: 1) la incorporación de una norma expresa que reconoce que los daños causados por la falta u omisión en el no reconocimiento espontáneo de un hijo debe ser reparado; y 2) la ampliación de la legitimación al damnificado indirecto.

Sobre la primera cuestión cabe mencionar que, antes de la reforma no existía norma alguna que admitiera el resarcimiento por el daño causado a raíz del no reconocimiento de un hijo por el progenitor, si bien, parte de la doctrina y jurisprudencia lo aceptaron, otros, cuestionaron la procedencia de dicha acción por estar en presencia de dos ámbitos del derecho distintos. La cuestión radicaba en determinar si en el derecho de familia se podían aplicar las reglas de la responsabilidad civil o si por el contrario las normas del derecho de familia son auto satisfactorias. En consecuencia, sí, se puede dañar sin reparar, indica Graciela Medina (2015, párr. 2),

“(...) se puede lastimar faltando a los deberes morales impuestos, sin que sea necesario indemnizar a quien ha sufrido el daño causado por dolo o culpa, en aras de privilegiar la libertad personal sobre la responsabilidad por daños causados señalando simplemente que son deberes morales (...)”.

El interés del legislador, señala Medina (2015), es mantener al Derecho de Familia dentro del Código Civil y Comercial y no separarlo del mismo. De esta manera, afirmó que “(...) *el Derecho de Familia es Derecho Privado, pues recae sobre relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas (...)*” (2015, párr. 2.).

Entonces, se entiende que en las relaciones de familia se aplican las normas del sistema de la responsabilidad civil, pues, si el derecho de familia, al igual que el derecho de

daños son parte integrante del derecho civil, ambos deben nutrirse de los principios generales a la hora de interpretar las normas.

En referencia a la legitimación de los damnificados indirectos, la doctrina se mostró dividida con respecto a su limitación, parte de ella consideraba correcta la norma (art. 1078 C.C)¹⁸ y apelaban a su mantención, Pizarro (2004) sostiene que se fundaba en la infinidad de damnificados que existirían, agravando la situación del sindicado como responsable. La doctrina mayoritaria, en cambio proclamó la necesidad de reforma del articulado, por considerarla inconstitucional a tal limitación, y requiriendo una reforma que brinde soluciones más flexibles y que abarque las distintas situaciones que en la actualidad se puedan presentar.

Aquí es importante señalar, que la visión actual del derecho es poner énfasis en el interés de la víctima. Al derecho no le interesa castigar sino reparar las consecuencias dañosas del hecho ilícito, injustamente sufrido.

A. Art. 578 Código Civil y Comercial de la Nación

El presente artículo supone la incorporación al ordenamiento jurídico de una norma expresa que admite expresamente el resarcimiento por el supuesto de hecho del no reconocimiento voluntario de un hijo por uno de sus progenitores.

Se aplica el principio general de no dañar a otro, todo aquél que cause un daño en la persona o derecho de otro debe repararlo. El no reconocimiento voluntario de un hijo provoca un perjuicio injustamente sufrido.

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

¹⁸ **Art. 1078. Código Civil.** “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”

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

B. Art. 1741 Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial amplió la legitimación al damnificado indirecto. Luego de superar las restricciones contenidas en el Código Civil, que solo permitía por regla al damnificado directo reclamar los daños injustamente sufridos, y en el supuesto de muerte habilitaba a reclamar a los damnificados indirectos, siendo éstos los herederos forzosos (art. 1078 C.C). Muchos magistrados habían declarado al artículo como inconstitucional, pues no se tenían en cuenta las circunstancias del caso, las personas involucradas, sino que el mismo se configuraba a partir de una seria limitación a la hora de establecer los lineamientos a seguir.

Se introduce el principio constitucional que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado a través de su doctrina de la reparación plena por los daños sufridos. Ante el sufrimiento de “daño moral”, ahora comprensivo también de la interferencia en el proyecto de vida de una persona, se amplían los reclamantes posibles ante la muerte y a partir del Código ante la gran discapacidad, no siendo sólo los ascendientes, descendientes o el cónyuge, sino también los convivientes con trato familiar, como los que se hallan en uniones convivenciales, o por ejemplo los hermanos o primos que cohabitan. Se establece la ponderación de satisfacciones sustitutivas y compensatorias como parámetros posibles para enjugar este perjuicio moral.

Ante el fallecimiento de la víctima, se amplía la posibilidad de reclamar el daño patrimonial por muerte, es decir lo que el difunto hubiera aportado al grupo familiar de no haber fallecido, a los convivientes, y en el supuesto de que los reclamantes sean incapaces o tengan capacidad restringida, resulta innecesaria la declaración judicial de incapacidad, a fin de acelerar la percepción del resarcimiento.

Una de las excepciones, es cuando hay muerte, que era una excepción idéntica a la de la Ley 17.711 del antiguo Código Civil. Con la diferencia que ahora se agregan a los herederos forzosos, los que recibían trato familiar ostensible. Es decir, los convivientes, de cualquier sexo.

La otra excepción, es la novedad incorporada al nuevo articulado, es cuando el damnificado sufre una gran discapacidad, entiéndase por aquellos casos en los cuales la víctima pierde toda posibilidad de sentir, o moverse por sí misma. Por ejemplo, parapléjicos, tetrapléjicos o que han quedado en vida vegetativa, o personas que han sufrido la pérdida de un miembro o de un sentido. En esos casos puede percibir la indemnización el damnificado directo, pero también los demás legitimados.

Pero fuera de esto no hay otros legitimados más, como por ejemplo los hermanos, tíos, novios o amigos (art. 1741 C.C.C).

5) CONCLUSIÓN

Hemos realizado un análisis general de los fundamentos de la responsabilidad civil en el sistema argentino, desde la perspectiva del derecho de daños y ampliando hacia la profunda evolución del mismo en los últimos años, con el reconocimiento constitucional de principios primordiales de dicha rama, como son el “*naeminem laedere*” y el principio de la reparación plena.

De lo dicho cabe afirmar que todo daño injustamente causado a una persona debe ser resarcido.

Normalmente es difícil que la recomposición sea posible y se logre colocar las cosas en el estado en que se encontraban antes del evento dañoso, para ello, debe existir una equivalencia jurídica razonable.

Necesariamente se deben configurar los cuatro presupuestos desarrollados en la teoría de la responsabilidad civil, la producción de un daño injustamente causado a la víctima, ese perjuicio es menester que sea contrario a derecho y que sea puedan atribuir las consecuencias dañosas a un sujeto responsable y por último debe existir una relación de causalidad entre el hecho fuente y el daño efectivamente causado.

Mediante la incorporación del art 587 del CCC, se incorpora la primera norma expresa que admite el derecho a la reparación por los daños causados en el no reconocimiento voluntario de un hijo por parte de uno de los progenitores. Antes de la incorporación legislativa, la doctrina y jurisprudencia nacional reconocían la posibilidad de reclamo por los daños y perjuicios ocasionados a raíz del tema en cuestión.

La falta de reconocimiento vulnera derechos a la personalidad, identidad, a tener una filiación, a poseer un estado civil, concretamente un estado de hijo, reconocidos en los tratados incorporados a nuestra Constitución Nacional, especialmente la Convención de los Derechos del Niño, antes ello cabe advertir, que la negativa al reconocimiento constituye un actuar ilícito, antijurídico, que ocasiona un daño, y genera responsabilidad civil.

Asimismo, la ampliación del artículo 1741 del CC, permite considerar como posibles damnificados no sólo a los herederos forzosos, sino que va a tener en cuenta a más individuos como ser concubinos, hermanos, entre otros mencionados a final del capítulo.

**Capítulo 3: FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL
PROGENITOR FRENTE AL NO RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE UN
HIJO EN EL DERECHO ARGENTINO. LEGITIMACIÓN DEL HIJO**

1) INTRODUCCIÓN

Tras más de 25 años desde que se dictara el primer fallo que admitió una demanda por resarcimiento de daños causados en el derecho de familia, producido por la falta de reconocimiento voluntario de un hijo, la jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad por daños ocasionados en las relaciones de familia por sus propios integrantes, sobre todo en el divorcio, la falta de reconocimiento de un hijo y la violencia doméstica; mientras que la doctrina ha elaborado los requisitos que hacen procedentes las reparaciones por los daños producidos en el seno de la familia por sus propios integrantes. Y luego de la reforma, legislativamente también se consideró, como vimos en el capítulo anterior, la incorporación del art. 587 CCC.

Se debe tener en cuenta en primer lugar el derecho-deber constitucional de todo padre al cuidado y educación de los hijos, para posteriormente destacar el reconocimiento como un deber legal de los padres aunque el mismo constituya en sí un acto jurídico voluntario familiar y no un mero acto de poder familiar, debido a que la omisión atenta contra derechos que se hayan reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, en el Tratado de Derechos Humanos, incorporados en Nuestra Constitución Nacional.

Para hacer lugar a la reparación deben configurarse los presupuestos de la responsabilidad civil: daño injustamente causado – relación de causalidad – factor de atribución y antijuridicidad, faltando alguno de ellos no puede configurarse la misma. Por lo tanto, debe existir una conducta ilícita constituida por el no reconocimiento que produzca un daño ya sea patrimonial o extrapatrimonial, cuyo factor de atribución es la culpa. A su vez, es necesaria la existencia de nexo causal entre el hecho y el daño. Con relación al daño, cabe señalar que está provocado por la falta del derecho a la identidad. Como así también, la posibilidad para el sindicado como responsable de eximirse de la misma.

En el presente capítulo se analizará la legitimación activa y su evolución. Y, por último, un análisis detallado de casos jurisprudenciales y el derecho comparado.

2) PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A) El daño

Determinar qué se entiende por daño constituye, indica Ramón Daniel Pizarro una cuestión fundamental, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. “*Daño es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la lesión*” (Pizarro, 1999, p. 637).

Por su parte Jorge Mosset Iturraspe señala,

“(…) que el bien perjudicado puede ser: el patrimonio o la persona. Y, en ambos casos, se requiere una traducción o estimación pecuniaria, directa o indirecta. De donde no habría daño a la persona por un mal a ella causado, si no fuera posible una cuantificación dineraria. (...)”. (Iturraspe, Lorenzetti, 1999, p. 7)

Como uno de los principios básicos del derecho civil es el responder por el daño injustamente causado, la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil. De allí, como señala Graciela Medina:

“(…) para determinar si corresponde indemnizar los daños causados en el ámbito de la familia por sus integrantes hay que estar a los principios generales del derecho y también a los principios que rigen las relaciones de familia y a los de la responsabilidad civil. Dentro de los principios generales del derecho tenemos el principio de no dañar que obliga a no dañar a otro. Por su parte los principios del derecho de familia son el principio de igualdad, de libertad, de solidaridad, de responsabilidad y de interés superior del menor. Mientras que los principios del derecho de la responsabilidad civil son el principio de la prevención y el principio de la reparación, por el primero toda persona tiene el deber de evitar causar un daño no justificado y por el segundo toda persona tiene el deber de reparar el daño causado. Interpretando coherentemente el principio de no dañar, los principios de la responsabilidad civil y los principios del derecho de familia, debemos concluir que el actuar dañoso dentro de las especiales relaciones familiares tienen un especial contenido solidario y es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en ese ámbito íntimo donde más se puede dañar a otro, es por eso que no puede quedar sin indemnizar los daños causados por quien tenía la obligación de ayudar a desarrollar a otro y en su lugar produce un daño cuya gravedad desde ser apreciada justamente por haber sido provocada en el entorno familiar. (...)”. (Medina, 2015, párr. 4)

Con relación al primer presupuesto de la responsabilidad civil, el daño causado, cabe señalar que estaría provocado por la falta del derecho a la identidad, es oportuno citar a Kemelmajer de Carlucci, quien afirma que, quien se ha negado a reconocer la paternidad de su hijo está obligado a resarcir a éste el daño. Por su parte Graciela Medina, indica que,

“(…) la necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. Creemos que de lo que se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil; más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo. Por lo tanto, 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 (…)”. (Medina, 2015, párr. 12)

Ante la omisión en el reconocimiento de un hijo, vemos vulnerados no solamente derechos personales, como los mencionados *in supra*, sino también derechos patrimoniales, ya que ese niño se vio privado de recursos económicos, dado por las carencias materiales que le produjo la falta de un padre, por ejemplo, en el hipotético caso de que el único progenitor que lo reconoció tiene pocos recursos económicos, y el niño se vio obligado a vivir en condiciones precarias, cuando contaba con un padre biológico que tenía un gran poder adquisitivo, lo que le hubiese permitido acceder a una buena educación, recreación, vestimenta y alimentos. Aunque puede suceder que el niño no haya padecido de carencias económicas, en el supuesto caso contrario, es decir que quien lo reconoció estaba en una buena posición económica y no así el padre no reconociente, aquí el perjuicio material no se produce.

Por lo tanto, estamos en presencia de dos clases de daños: daño patrimonial, que según lo reza el art. 1738 CCC¹⁹, pareciera que los dos primeros casos que menciona el art, refiere al daño patrimonial y luego, la segunda parte al daño moral.

Dentro del daño patrimonial, encontramos el daño emergente y lucro cesante. Daño emergente, el código lo conceptúa como la disminución o pérdida en el patrimonio. En

¹⁹ **Art. 1738 Código Civil y Comercial de la Nación** “Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”

cambio, el lucro cesante, la doctrina lo ha definido como la frustración de un enriquecimiento legítimo.

Pizarro y Vallespinos nos brindan una definición de daño moral o no patrimonial, citando a Zavala de González, como:

“la minoración en la subjetividad de la persona que la afecta disvaliosamente en el espíritu, en su desarrollo y su capacidad de entender, querer o sentir con motivo de una lesión a un interés no patrimonial. En consecuencia, del mismo, podemos decir que la persona padece un modo de estar diferente y anímicamente perjudicial”. (Pizarro y Vallespinos, 2014 p. 640)

El daño no patrimonial en las relaciones de familia, según lo indica Pizarro es un tema que ha tenido discusión doctrinal desde hace veinte o treinta años, lo que es relativamente nuevo es su admisión jurisprudencial, es decir por nuestros tribunales. (Pizarro, 1999)

La doctrina antes de la incorporación del art. 587 del CCC, se mostraba en completa disidencia para admitir la posibilidad de otorgar la indemnización por daño no patrimonial (moral) por la falta de reconocimiento de un hijo, hay quienes lo admitían y quienes no; Pizarro señala en su obra las dos posturas:

“la tesis negativa parte de reconocer que el reconocimiento es un acto voluntario, no obligatorio, y su no ejercicio no puede generar obligación de reparar, la tesis positiva contesta que, el reconocimiento si bien es un acto discrecional no puede ser realizado arbitrariamente. Asimismo, la tesis negativa establece que el no reconocimiento no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo el progenitor sobre su actitud puede llegar a establecer un vínculo perdurable con respecto a su hijo, que el derecho debe alentar y de ningún modo clausurar, teniendo en cuenta tanto el interés familiar como el del propio menor, en cambio la positiva determina que el niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación y para tenerla debe ser reconocida. La tesis negativa señala que la falta de reconocimiento ya tiene sanción en la pérdida del derecho de usufructo de los bienes del hijo y en la indignidad y que la aplicación de las normas de la responsabilidad civil podría dar origen a una catarata de juicios, a lo la tesis positiva disiente indicando que no existe interés del niño a ser dañado, ni existe familia alguna entre el no reconociente, la madre y el hijo no reconocido, que la indemnización tiene una función reparadora que no se logra con la pérdida del derecho al usufructo de los bienes de los hijos menores ni con la indignidad, que no procede de oficio, requiere petición de parte y puede ser purgada por el transcurso de tres años y por último determina que la especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del derecho, ni impide la aplicación de los principios generales del derecho.” (Pizarro, 1999, p.88/89)

El daño moral en el no reconocimiento de un hijo, deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la falta de derecho a la identidad, configurado por la ausencia de

los elementos del estado de familia, como ser el uso del nombre, el trato de hijo por ambos progenitores, el reconocimiento social de pertenencia a un determinado grupo familiar, por la falta de ubicación en una familia. En cambio, el daño patrimonial como habíamos mencionado estaría dado por las carencias materiales que devienen de la ausencia del padre. Se ha entendido que corresponde reparar el daño moral, por la afección que sufre derecho a la identidad desde el punto de vista individual como social. Su existencia surge *in re ipsa*. Para su cuantificación se deben tomar como parámetros la edad del hijo, su relación con otros niños, la escuela a la que concurre, el sufrimiento por no poder ostentar el apellido paterno, sobre todo en comunidades pequeñas donde aún hoy se sufre la estigmatización por la filiación extramatrimonial y por no aparecer en el ámbito de las relaciones de familia de su progenitor.

También se ha receptado la reparación del daño material, consistente en las carencias materiales derivadas de la falta de emplazamiento. Sin embargo, se ha sostenido que no procede incluir dentro de una acción por resarcimiento cuestiones que deben ser resueltas por el régimen alimentario regulado por el derecho de familia. También se ha incluido como rubro material resarcible la denominada pérdida de chance, entendiendo por ésta a la posibilidad de ganancias que resulta frustrada a raíz del incumplimiento de la obligación o el hecho ilícito, en el caso, por ejemplo, sufrir serias limitaciones económicas y falta de acceso a una buena educación o salud.

B) La antijuridicidad

Incumplir el deber legal de reconocer a un hijo, vulnerando de tal modo el derecho a conocer su identidad, su origen, surge la conducta antijurídica. Definida según el art. 1717 del CCC²⁰, como toda acción u omisión que cause un daño a la persona, patrimonio, o derechos de otro.

Carlos María Corbo señala que el reconocimiento de la filiación por parte de un padre con respecto a su o sus hijos menores dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es un deber moral y legal, por lo que toda conducta omisiva es considerada una conducta antijurídica, predominando en la responsabilidad civil familiar el principio de la culpa. Es decir, no

²⁰ **Art. 1717 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.”

reconocer un hijo propio es un acto ilícito. Reprobado por el derecho ya que se considera que el no reconocimiento de un hijo es un acto de arbitrariedad y no desliga a un padre de principios fundamentales del derecho, como el de no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo (Corbo, 1989).

El daño causado a la víctima debe ser antijurídico, es decir, contrario a derecho, contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado, como lo señalaba Ramón Daniel Pizarro (2014). El hecho antijurídico consiste en la infracción de un deber u obligación legal.

En el caso que nos ocupa, como bien resalta Graciela Medina (2015), se debe tener en cuenta en primer lugar el derecho deber derivado de nuestra Constitución Nacional de los padres al cuidado y educación de sus hijos, y posteriormente destacar el hecho del reconocimiento, como un deber de los progenitores y no un mero acto de poder familiar.

El reconocimiento de un hijo es un deber legal, aunque constituya en sí un acto jurídico familiar voluntario, por lo cual su omisión configura un hecho antijurídico.

C) La relación de causalidad

La relación de causalidad fue definida por Pizarro & Vallespinos, como

“La necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido. La relación de causalidad es el nexo que vincula materialmente y de manera directa al incumplimiento obligacional o al acto ilícito con el daño, y en forma sucedánea e indirecta, a éste con el factor de atribución. (...) nos permite determinar si un resultado dañoso puede ser atribuido materialmente a una persona (...)”. (Pizarro & Vallespinos, 1999 p. 97)

El daño deber ser producido necesariamente de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del hecho antijurídico. Debe haber una relación de causalidad adecuada entre hecho de la falta de reconocimiento de un hijo y el daño reclamado. (art.1726 CCC)²¹.

La teoría de la causalidad adecuada según lo indica Pizarro,

²¹ **Art. 1726 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Responsabilidad Civil. Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.”

“fue atribuida a Luis Von Far y desarrollada por Von Kries y sostiene que “la adecuación de la causa se debe medir en función de la posibilidad y probabilidad del resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece, según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos”, es decir está ligada a la idea de regularidad, a lo que normalmente acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas.” (Pizarro & Vallespinos, 1999, p. 145/146)

Entonces, debe existir un nexo causal entre la omisión de reconocer voluntariamente a un hijo y el daño producido a la víctima (hijo).

D) El Factor de Atribución

La mera falta de reconocimiento no genera responsabilidad, sino como hemos visto que ésta debe ser imputable a título de dolo o culpa. El factor de atribución es el dolo o la culpa.

Factor de atribución, por lo tanto, es según Pizarro & Vallespinos: “el elemento valorativo. En virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *strictu sensu* a una determinada persona” (Pizarro & Vallespinos, 1999, p.575).

En cuanto al factor de atribución, puede ser objetivo o subjetivo, entre los primeros encontramos, al riesgo creado, la garantía, el deber calificado de seguridad y la equidad. En cambio, los subjetivos son dolo y culpa. Con respecto, al supuesto de hecho del no reconocimiento de un hijo el mismo es siempre subjetivo, a título de culpa o dolo. La culpa se representa como la omisión de la diligencia debida teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, es decir con consentimiento y voluntad (art. 1724 CCC)²². El progenitor será responsable si incumplió intencionalmente su deber jurídico; es decir de forma deliberada, pero no si acredita que ignoraba la existencia del hijo, o que tenía otros fundamentos para descreer razonablemente de su paternidad, y que se hubiera mostrado dispuesto a realizar la prueba biológica en caso de conocer la situación.

²² **Art. 1724 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Responsabilidad Civil. Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.”

Encontrándose los cuatro elementos indispensables a fin de que se configure la responsabilidad civil, tal y como lo establece el art. 587²³, el daño causado por el no reconocimiento de un hijo debe ser reparado. La acción para reclamar la reparación por la falta de reconocimiento prescribe a los tres años desde que se encuentra firme la sentencia de filiación, resultando temporánea la demanda de daños interpuesta juntamente con la de filiación (art. 2561, Cód. Civil)²⁴.

3) EXIMENTES

Las eximentes, según las define Pizarro, “son circunstancias que operan enervando la antijuridicidad, la relación de causalidad o los factores de atribución” (Pizarro, 2014, p. 191).

Para eximir de responsabilidad al progenitor que incumpla con su deber de reconocer voluntariamente a un hijo, tendremos que analizar si en cada uno de los presupuestos opera o no una eximente. En el caso de factor subjetivo de atribución, si prueba la ausencia de culpa, por ejemplo, si desconocía que tenía un hijo; y por último las eximentes vinculadas al factor objetivo de atribución y nexo de causalidad, acreditando la ruptura del nexo causal, Graciela Medina indica que el progenitor se podrá eximir de responsabilidad acreditando la falta de culpa o la culpa de un tercero o el caso fortuito o fuerza mayor. La falta de culpa en general se producirá cuando se ignore o desconozca la paternidad; y el caso fortuito se producirá cuando se encuentre imposibilitado de reconocer atento a encontrarse en otro país, por ejemplo, aunque los avances tecnológicos y de comunicación existentes al día de hoy no hacen viable las razones de distancia (Medina, 2015).

²³ **Art. 587 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Reparación del daño causado. El daño causado por la falta de reconocimiento es reparable reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código.”

²⁴ **Art. 2561 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Prescripción liberatoria. Plazos especiales. El reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez años. El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad. El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años. Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.”

4) LEGITIMACIÓN

La legitimación activa determina a quién corresponde el poder de obrar, de accionar, es decir quiénes pueden reclamar el resarcimiento por el daño causado por el no reconocimiento de un hijo.

El tema en cuestión se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 1741 del CCC.²⁵, siendo relativamente nuevo la admisión de los reclamos indemnizatorios dentro del seno de la familia, según lo indicó Graciela Medina, el código Civil de Vélez Sarsfield solo preveía la posibilidad de reclamar los daños injustamente causados en ocasión de nulidad matrimonial. Parte de la doctrina sostenía en un principio, que el derecho de daños, por ende, el reclamo de daños y perjuicios, resultaba ajeno al derecho de familia, con fundamento en que los principios del derecho de familia eran contrarios a los de la responsabilidad civil, en defensa de la estabilidad y la jerarquía de la estructura familiar, y por tales motivos el derecho de familia se regía por una ley especial. Con la reforma al Código Civil y la constitucionalización del derecho privado, se amplió la interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional²⁶, dejando de lado la barrera que separaba al derecho de daños con el derecho de familia, adquiriendo la reparación plena rango constitucional. (Medina, 2015)

De esta manera se logró el reconocimiento de la legitimación activa al hijo para reclamar la indemnización por el daño causado por la omisión voluntaria del reconocimiento del padre. El hijo es el damnificado directo por la falta de reconocimiento, pues como indica María Victoria Famá (2010), *“es quien padece de un daño inmediato en el carácter de víctima del ataque o agresión”*.

El damnificado directo es el legitimado para reclamar los daños sufridos, el art. 1741 del CCC indica que, en caso de muerte o gran incapacidad de éste, pueden continuar o iniciar

²⁵ **Art. 1741 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”

²⁶ **Art. 19 Constitución Nacional.** “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

la acción por derecho propio los damnificados indirectos, es decir a título personal las personas que padecen un daño propio derivado del ilícito que sufre un tercero, los ascendientes (madre), descendientes (hijos), el cónyuge y quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar (Pizarro, 2014).

Antes de la reforma, sólo podían reclamar la indemnización por los daños causados, el damnificado directo y en caso de muerte, sus herederos forzosos (art. 1078 CC)²⁷.

Con el principio de reparación plena, el hijo puede pedir el resarcimiento indemnizatorio derivado tanto de perjuicios materiales como de daño moral en caso de haberse producido. El daño moral según lo señala Graciela Medina debe ser considerado, “*in re ipsa*” que surge de los hechos mismos, por considerarse el agravio moral como, la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de los derechos de la personalidad del que es titular el hijo, violados por la negativa del padre a reconocer la filiación extramatrimonial del mismo, la acreditación de la existencia de dicha transgresión importa al mismo tiempo la prueba de la existencia del daño (Medina 2013).

La acción, como habíamos mencionado *in supra* prescribe a los tres años, desde que se encuentra firme la sentencia de filiación, aunque puede iniciarse conjuntamente con la reclamación de estado.

El legitimado pasivo es el progenitor que no reconoció voluntariamente a su hijo.

5) ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

A. Antes de la reforma al Código de Vélez

FALLO N° 1

En el año 1988 se dictó el primer precedente jurisprudencial que hizo lugar a una demanda por daños y perjuicios en materia de derecho de familia, producido por la falta de reconocimiento de un hijo, la jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad por daños ocasionados en el ámbito familiar por sus propios integrantes en todos los ámbitos.

²⁷ **Art. 1078 Código Civil.** “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

En el primer precedente jurisprudencial²⁸, considerado el *leading case*, 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 medie 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 averiguarla, 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”.

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.

FALLO N° 2

Otra de las sentencias que tenemos posibilidad de comentar constituye otro *leading case* de nuestro país, resulta del reclamo por el daño moral teniendo en cuenta la edad del hijo, su concurrencia a la escuela donde ha sufrido no poder ostentar el apellido que le correspondía, comentado por Ramón Daniel Pizarro (1999).

La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I de Azul²⁹, revocó la sentencia de 1ª instancia que había rechazado la acción por daños y perjuicios por el no reconocimiento de un hijo. El Tribunal presumió la existencia de daño moral por la omisión de reconocimiento de su hijo de cuatro años de edad señalando que “(...) *la negación del padre produce daño moral*” asimismo, confirmó “*la relación del niño con otros niños le produce sufrimiento cuando no puede hacer uso del apellido paterno*”, y por último esgrimió, “*la asistencia del niño a la escuela donde no puede ser conocido por su verdadero*

²⁸ Juzg. I Inst Civ. y Com. N° 9 de San Isidro, 25-3-88, E.D. 128-333

²⁹ Cám. Civ. y Com. De Azul, 11-12-1996, L. L. Buenos Aires 1997-562

apellido le produce necesariamente angustias que hacen presumir la existencia de daño moral”. (Pizarro, 1999, 9 p.422)

FALLO N° 3

En 1996, la Cámara Civil y Comercial de Junín³⁰, revocó la sentencia de 1ª instancia, acogiendo la demanda de reclamo de indemnización del daño moral. El demandado (padre de un niño pequeño), se negó a la realización de pruebas de ADN, tendientes a la demostración de su paternidad sin aducir motivo valedero, por lo que fue condenado en 1ª instancia en la acción de filiación, pero rechaza el reclamo de la menor por daño moral, por entender que no se había demostrado el perjuicio moral sufrido por el menor de 3 años de edad. La Cámara revoca dicha sentencia indicando, “(...) *el daño moral futuro cierto se presumió a partir de los siguientes hechos: 1) el desconocimiento del padre; 2) la negativa a someterse a pruebas biológicas; 3) la falta de apellido paterno*”, consideró que esos elementos son necesarios para provocar un agravio futuro y cierto porque la historiografía de la vida del niño no reconocido voluntariamente va a llevar siempre el sello de la actitud negadora del progenitor. (Pizarro, 1999, p.421)

B. Código Civil y Comercial de la Nación

FALLO N° 1

En agosto del 2015, el Juzgado Nacional de primera instancia en lo Civil nro 8. Capital Federal, la ciudad Autónoma de Buenos Aires³¹, se promueve medida autosatisfactiva, solicitando se agregue a la partida de nacimiento de un niño menor de edad el apellido de su padre fallecido. Se resolvió admitir la pretensión y declarar el emplazamiento de estado del niño como hijo de difunto, procediendo a la inscripción correspondiente, debiendo adicionarse en la partida al apellido del menor, el apellido paterno. Myriam M. Cataldi, Juez subrogante (2015) estableció que,

“(…) el CCyC incorporó un tercer tipo de filiación: la filiación por reproducción humana asistida, conducida por el principio de la voluntad procreacional. La ley 26994 dispuso en el art. 9, cláusula tercera: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del

³⁰ Cám. Civ y Com. de Junín, 22-9-95, L. L. Buenos Aires 1996-374

³¹ Juzg 1ª Inst. Civ y Com. de Buenos Aires, 13-08.2015, C., G. J. s/INFORMACION SUMARIA Buenos Aires, 2015

Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.”

Asimismo, la Juez Subrogante indicó que,

“(…) el Código Civil y Comercial innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado,... “ y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (...) existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado (...) se sigue de cerca diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial, tales como: 1) el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella”. (Cataldi, 2015)

Por lo que declaró que,

“Corresponde emplazar el estado de hijo de un niño concebido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida respecto de su padre, quien falleciera pocos meses después del nacimiento, y agregar a la partida de nacimiento el apellido de su progenitor, ya que el consentimiento previo e informado al uso de las TRH se encuentra suscripto por el padre del niño y dicho acto es el elemento volitivo que tuvo en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno-filial que, en el campo de la reproducción humana asistida, es la típica fuente de creación del vínculo”. (Cataldi, 2015)

6) DERECHO COMPARADO

En el tiempo histórico que nos toca vivir, caracterizado por la globalización, la comparación entre sistemas legislativos, doctrinales y jurisprudenciales se impone como natural. Más aún en el tema presente trabajo pues, si bien las diferencias culturales, económicas y sociales entre los pueblos siguen existiendo, hay costumbres, hábitos, modos

de proceder sobre todo en los jóvenes que se van transmitiendo de una sociedad a otra y generan comportamientos de características similares.

Asumo que se realizará un análisis con límites acotados, pues hacerlo de otro modo significaría un abordaje complejo de diversas instituciones.

La temática a la luz del derecho comparado ha pasado por diferentes etapas.

En un primer momento señala Medina, (2005) la jurisprudencia norteamericana rechazó todo tipo de pretensiones resarcitorias en los vínculos filiatorios. Dictaminaba que no correspondía indemnización por los perjuicios producidos entre los padres e hijos menores de edad, con el fundamento de: no perturbar la armonía familiar. Criterio que se utilizó para fallar en diversos casos³².

Sin embargo, este esquema tan rígido fue cambiando sobre todo a partir de la década del 50 y en algunos estados norteamericanos se permite a los hijos demandar a los padres por los daños producidos intencionalmente³³.

En Italia y Alemania, la idea de indemnización se iba abriendo paso en lo relativo a la responsabilidad por procreación. Así los tribunales de Piacenza (Italia, 1950), acogieron una acción indemnizatoria a favor de una hija nacida con sífilis congénita, respecto de su padre, por la enfermedad que le transmitió en el acto procreacional con la madre de la actora. Este criterio fue seguido por la legislación británica e incluso la irlandesa.

También encontramos antecedentes como el caso Kroom, relatado por Lundstrom (1996, p. 267) comentado por Graciela Medina (2005) que versa sobre el reclamo de la madre de Kroom, ante la Corte regional de Ámsterdam a fin de obtener la declaración de que su marido no era el progenitor de aquél, posibilitando el reconocimiento de quien era el padre biológico.

La Corte rechazó la pretensión, aludiendo que existen limitaciones excepcionales a la regla de la presunción que el marido de la madre de un niño que nació antes del día trescientos siete es el padre de éste.

Posteriormente, cuenta Medina (2005) se apeló ante la Suprema Corte, pretendieron que la paternidad otorgada a su ex marido, le fuera denegada y que el niño fuera reconocido

³² Hewlett V. George, Miss 703, 9 So 885 (1891).

³³ Small V. Rockfeld, 66 NJ 231, A 2d 335 (1974).

por su padre biológico. En consecuencia, la Corte Suprema concluyó que no debe sostener más que la mantención del carácter de legítimo del niño supera el interés protegido.

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos declaró³⁴:

“que la norma interna que impide al padre biológico reconocer a su hijo mientras esa paternidad no sea impugnada por el marido de la madre, violaba el derecho a la vida familiar previsto en el art. 8 de la Convención Europea de derecho Humanos³⁵. Para éste Tribunal, la de vida familiar configura un típico concepto jurídico indeterminado, variable según los tiempos, lugares y especiales circunstancias de vida. Se exige que la realidad biológica y social prevalezca sobre la presunción legal que choca frontalmente tanto con los hechos establecidos como con los deseos de las personas involucradas, sin aprovechar realmente a nadie. Por lo tanto, a pesar del margen de discrecionalidad disponible, el país denunciado no había garantizado a los demandantes el respeto a su vida familiar a la que tienen derecho en virtud del Convenio.” (Corte Europea de Derechos Humanos, 1994)

7) CONCLUSIÓN

En el presente capítulo se abordó una de las cuestiones centrales del trabajo de investigación: “responsabilidad civil por la falta de reconocimiento voluntario de un hijo”, el daño causado al hijo por dicha omisión y quiénes son los legitimados para reclamar.

Anteriormente se analizó la incorporación del art. 587 al Código Civil y Comercial, norma que admite el resarcimiento por el daño causado en la falta de reconocimiento de un hijo por parte de uno de los progenitores. El artículo indica que se deben aplicar las normas concernientes a la responsabilidad civil. Por lo que cabe deducir, que necesariamente deben estar presente los requisitos de la responsabilidad civil para que se configure la misma.

Entonces, se indicó que la omisión o falta de reconocimiento de un hijo es una acción antijurídica, contraria a derecho, que vulnera derechos personales reconocidos en nuestra

³⁴ Krom y otro c. Países Bajos. TEDH, 27-10-94

³⁵ **Art. 8 Convención Europea de los Derechos Humanos.** Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Constitución Nacional, tales como el derecho a la identidad, al estado de familia, estado de hijo.

Asimismo, se afirma nuestra hipótesis, los progenitores tienen el deber legal de reconocer a sus hijos, dicha omisión causa un daño que es reprobado por el ordenamiento jurídico. A su vez, existe un nexo causal entre el hecho de no reconocer voluntariamente a un hijo y el daño efectivamente causado. El factor de atribución es subjetivo, por culpa o dolo. El progenitor que no reconoció a su hijo, puede eximirse de responsabilidad acreditando o una causal de justificación para liberarlo, o la ruptura del nexo causal. Y, por último, los legitimados activos para reclamar esta acción son los damnificados directos e indirectos y los legitimados pasivos: el progenitor que no reconoció voluntariamente a su hijo.

**Capítulo 4: FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL
PROGENITOR FRENTE AL NO RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE UN
HIJO EN EL DERECHO ARGENTINO. LEGITIMACIÓN DE LA MADRE**

1) INTRODUCCIÓN

Hasta ahora hemos abordado los fundamentos de la responsabilidad del padre frente al supuesto de hecho de no reconocimiento voluntario de un hijo, atendiendo a los daños causados al hijo, analizando cuáles son los derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional y los tratados incorporados a ella en el año 1994, que se han visto vulnerados y desprotegidos, y a razón de ello son dignos de resarcimiento tanto desde el punto de vista patrimonial como moral (extrapatrimonial).

No cabe duda, que dicha omisión tiene que ser reparada, y como habíamos mencionado el hijo tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el desconocimiento de su estado de hijo, su derecho a la identidad, derecho a pertenecer a una familia, tener un nombre, entre otros ya analizados en los capítulos anteriores.

Ahora bien, parece importante analizar en qué situación se halla la madre, es decir, ¿tiene derecho a reclamar daño moral? no como damnificada indirecta, es decir en nombre propio por los daños causados a terceros que indirectamente la han perjudicado, como ser ver sufrir a su hijo por no tener un padre, y lo que ello implica. Aquí la cuestión radica en determinar si se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil a los daños extrapatrimoniales causados a la madre frente al no reconocimiento voluntario del padre a su hijo, si existe un daño injustamente causado, y que le haya provocado un perjuicio de índole extrapatrimonial, si nos encontramos en presencia de una acción antijurídica, existe un nexo de causalidad adecuada entre el no reconocimiento del padre y el daño causado efectivamente a la madre y por último se le puede atribuir dicho daño al padre.

En este capítulo desarrollaremos la hipótesis, evaluando la posibilidad de que la madre entable una demanda por daños y perjuicios ocasionados por los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por el no reconocimiento de un hijo contra el padre del mismo

como damnificada directa y por derecho propio. Para ello, señalar cuál ha sido el tratamiento conferido por la doctrina y la jurisprudencia, abocándose en la falta de previsión normativa respecto a la legitimación de la madre en el nuevo ordenamiento pese a la incorporación del art. 587 del Código Civil y Comercial de la Nación, que como habíamos indicado en el capítulo anterior, es la primera norma expresa que reconoce la reparación en el ámbito civil del daño causado al hijo por la omisión voluntaria de reconocimiento del mismo.

Argumentando en torno a los distintos fundamentos que nos permiten inclinarnos a una postura afirmativa de la cuestión, infiriéndose de las definiciones utilizadas en los capítulos anteriores.

Por último, en este capítulo no nos detendremos a brindar conceptualizaciones ya proporcionadas en capítulos anteriores, partiremos de ellas para abordar el tema en cuestión, y finalmente se investigarán casos jurisprudenciales y el derecho comparado.

2) PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A. El daño

El art. 587 del Código Civil y Comercial de la Nación reza: “(...) *el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable (...)*”. Partiendo de dicha disposición normativa, parece claro deducir que refiere únicamente al daño causado al hijo. Habíamos advertido previamente que, este artículo reconoció expresamente la reparación civil del daño causado al hijo por la falta de reconocimiento, que ya había sido reconocido por la jurisprudencia y la doctrina nacional.

El daño moral ha sido definido Ramón Daniel Pizarro como,

“una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, a consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse de un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”.
(Pizarro, 2004, p. 43)

Nos parece importante agregar que las condiciones del daño moral resarcible son: siguiendo a Orgaz: “a) *que el daño sea cierto*; b) *que sea personal del accionante*; y c) *que quien lo invoca puede ser considerado como un damnificado en sentido jurídico*”.
(Orgaz, 1980, p. 237)

Graciela Medina establece que los reclamos indemnizatorios en el derecho de familia, son una cuestión como ya hemos analizado, relativamente nueva tanto en nuestra doctrina como jurisprudencia, anteriormente el código civil, sólo preveía la posibilidad de reclamar resarcimiento por los daños causados en el supuesto de nulidad matrimonial, por ende, la cuestión objeto de estudio no tiene un tratamiento específico. (Medina, 2015).

Ante la omisión en el reconocimiento de un hijo, la madre se encuentra rodeada de diversas situaciones que le ocasionan un perjuicio no sólo desde el punto de vista material, como ser, acarrear un embarazo, nacimiento y crianza del hijo sola, asumiendo lo que todo ello implica, desde los gastos de parto, vestimenta, alimentación, educación, entre otros. Sino también el desgaste emocional que conlleva tal situación de ser una madre soltera, sin ayuda del progenitor ausente, encontrándose sola en todo ese proceso. Desde este punto de vista, tanto la madre como el hijo sufren perjuicios directos, personales e independientes, por lo que podríamos decir que, el supuesto de no reconocimiento voluntario de un hijo, causa un daño a la madre.

El daño moral a la persona señala Manuel Cornet, comprende “*todo mal, limitación o menoscabo por ella sufrido*”, (...) como también hace referencia “*al daño nacido del sufrimiento o dolor*” (Cornet, at el, 2008, p.81).

B. La antijuridicidad

Un hecho antijurídico es aquel que es contrario a derecho. Graciela Medina destaca que cuando un progenitor incumple su deber legal de reconocer a un hijo, surge la conducta antijurídica.

La responsabilidad parental es definida por el CCC en el art. 638³⁶ como el conjunto de deberes y derechos que tienen los progenitores sobre su hijo, para la protección, desarrollo y formación integral. En relación a los fines, Gabriel Tavip determina que se encuentra claramente explicitada en el código de fondo, ya que se considera una institución destinada,

³⁶ **Art. 638. Código Civil y Comercial de la Nación.** “Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.”

como bien lo indica el precepto legal, a la protección, desarrollo y formación integral del hijo. (Lloveras, at el 2015).

El progenitor que incumpla su deber de propender al cuidado, defensa y amparo de sus hijos, no proveyendo a todo lo necesario para un equilibrado y armonioso desarrollo y crecimiento ni facilitando la educación, inserción en la sociedad para lograr la formación integral del niño; estaría infringiendo su obligación como padre. Por lo tanto, su actuar deviene antijurídico.

C. La relación de causalidad

El daño injustamente causado como dijimos deber ser producido necesariamente de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del hecho antijurídico.

Entonces, debe existir un nexo causal entre la omisión de reconocer voluntariamente a un hijo y el daño producido a la víctima (madre).

D. El Factor de Atribución

El factor de atribución es el dolo o la culpa.

3) LEGITIMACIÓN

La legitimación activa determina quiénes pueden reclamar el resarcimiento por el daño causado por el no reconocimiento de un hijo, regulado por el art. 1741 del CCC³⁷,

Antes de la reforma, sólo la víctima del acto ilícito podía reclamar el resarcimiento, y sólo en caso de muerte del damnificado directo podía corresponder la misma a sus herederos forzosos (art. 1078 C.C.)³⁸, se la consideraba una de las normas más injustas del

³⁷ **Art. 1741 Código Civil y Comercial de la Nación.** “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones substitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”

³⁸ **Art. 1078 Código Civil.** “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

ordenamiento jurídico. Manuel Cornet señalaba que este precepto legal limita la acción por daño moral en caso de muerte de la víctima a sus herederos forzosos, negándole acción por ejemplo a la cónyuge o hermanos del damnificado directo. Considerándola netamente inconstitucional, en tanto, según indica el autor priva de resarcimiento a familiares que sin ser herederos forzosos padecen indudables detrimentos en sus afecciones, de los que son arbitrariamente impedidos en virtud de lo reglado. (Cornet, at el, 2008)

La incorporación del art. 1741 del CCC, amplió la legitimación de los damnificados indirectos, posibilitando a “(...) *los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible*” a iniciar o continuar la acción entablada por el damnificado directo que haya fallecido o padezca una gran incapacidad.

De lo dicho, cabe advertir que la madre ante el daño causado a su hijo es damnificada indirecta y puede como habíamos mencionado *in supra* continuar la acción de indemnización por daños y perjuicios a título personal, pero por los daños causados a su hijo, no por daños propios.

En una postura mayoritaria, señala Graciela Medina, coincide tanto la jurisprudencia como la doctrina en admitir únicamente el reclamo para ciertos aspectos de índole material como ser los gastos de embarazo y parto, pero le niegan legitimación a la madre para reclamar el daño moral propio acaecido como consecuencia del no reconocimiento voluntario del hijo. Aluden a que nuestro ordenamiento jurídico, como bien se mencionó con anterioridad, admite la reparación del daño al damnificado indirecto, es decir a aquél que padeció el perjuicio como reflejo del daño producido por el damnificado directo.

Ante lo dicho, corresponde señalar, indica la autora, que el Código Civil y Comercial, amplió la legitimación de la madre, pero para reclamar como damnificada indirecta por los perjuicios no patrimoniales sufridos ante la falta de reconocimiento de su hijo, en los casos de fallecimiento o grave incapacidad de éste.

Esta postura mayoritaria establece que, si se admite la legitimación de la madre como damnificada directa, traería aparejado la admisión de casos en los que uno de los progenitores apela sufrir un daño por el incumplimiento de las obligaciones del otro, en consecuencia, podrían presentarse una infinidad de situaciones de esta índole.

La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

En conclusión, la postura mayoritaria afirma que la madre carece de interés jurídico susceptible de reparación, por no existir en nuestro ordenamiento el deber de garantizar a la madre un padre para su descendencia.

La tendencia contraria, que si bien es minoritaria sostiene, señala Graciela Medina, que se admite la legitimación a la madre como damnificada directa, distinto al del hijo, pero igualmente susceptible de reparación, por lo tanto, ésta postura afirma que tanto a la madre como al hijo se los puede considerar perjudicados de distintos agravios en forma independiente, en consecuencia, ser beneficiarios del resarcimiento por daño moral. Se considera que la madre ha sufrido un daño al asumir sola las etapas del embarazo, parto y crianza de su hijo (Medina, 2015).

Es importante distinguir entre el daño que experimenta la madre por reflejo, como habíamos dicho, del sufrimiento de su hijo ante la falta de reconocimiento del padre entre ellos, la falta del apellido paterno, que se produce por la mera negativa del padre a reconocerlo, el desconocer a sus parientes paternos como ser sus abuelos, etc; del daño propio de la madre al obrar antijurídico. No podemos negar que, en ciertas circunstancias la madre padece un daño directo que difiere del daño sufrido por su hijo, consistente por ejemplo en afrontar el embarazo, parto y crianza sola, sumando las prácticas rutinarias y posibles complicaciones que pueda experimentar propias y frecuentes en dichas situaciones, ello a razón de un progenitor que incumplió toda obligación a su cargo sin asumir ninguna responsabilidad sin contribuir de modo alguno.

Se ha señalado que la postura legislativa que adopta el Código Civil y Comercial ha sido regular de manera expresa que la madre carece de legitimación para reclamar el daño moral como damnificada indirecta, frente al perjuicio sufrido por su hijo, atento a lo prescripto por el ya citado art. 1741, no obstante, consideramos que cuenta con la facultad para solicitar el resarcimiento por derecho propio, como damnificada directa, por el daño producido por la omisión del reconocimiento voluntario paterno.

En el capítulo anterior, señalamos que el daño producido al hijo frente al no reconocimiento del padre se configuraba *in re ipsa*, Graciela Medina sostiene que no sucede lo mismo en este caso con la madre, y que la misma debe acreditar el daño efectivamente sufrido, ya que el mismo no surge de los hechos mismos. (Medina, 2015)

La autora antes mencionada, Graciela Medina agrega:

“(…) que la madre experimenta no sólo un daño como persona, sino también como mujer, por lo que corresponde traer a colación la reforma constitucional del año 1994 que incluyó una serie de instrumentos internacionales con jerarquía superior a las leyes, entre los que se encuentra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en el proceso de constitucionalización del derecho privado integra con sus directivas las pautas de interpretación judicial de las situaciones comprendidas” (Medina, 2015, p. 8).

4) ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

FALLO N°1

Existe un precedente jurisprudencial en el cual, el superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes en el año 2013³⁹, otorgó la indemnización por daño moral a la madre señalando:

“(…) que el reclamo por daño moral de la madre iure proprio se fundan en factores que demuestran el perjuicio sufrido de manera inmediata, principal, directa y exclusiva por ésta. El ilícito respecto de la madre, no consiste en el desconocimiento filiatorio del padre de la menor, sino en los hechos concomitantes con el embarazo, posteriores y conexos al mismo, los que proyectan su agravio directamente a la madre. Ello es así pues el agravio está dado por el hecho comprobado que tuvo que llevar adelante el embarazo sola y los primeros meses de atención de la menor sola, sin la compañía de aquél con quien, según los propios dichos del demandado, tuvo una relación sentimental de pareja. Además de encontrarse probado también el estado de tristeza en que quedó sumida la actora tras la ruptura de su relación con el padre de la menor”.

FALLO N° 2

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil⁴⁰, en el mismo año que el fallo precedente, condenó al progenitor a indemnizar los daños provocados al hijo y a su madre por la falta de reconocimiento paterno. Se destaca en este fallo que la madre y su hijo pueden ser damnificados directos de distintos agravios. Estable la sentencia que,

“Corresponde condenar al demandado a indemnizar al actor por el daño moral derivado de la falta de reconocimiento voluntario, pues, aun sabiendo que existía una posibilidad cierta de que fuera su hijo, no hizo nada al respecto hasta después de muchos años, e inclusive la madre debió iniciar la acción de reclamación de la paternidad

³⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 24-10-13, S.,J. S c J. C. E. s/ filiación. 2013-73500.

⁴⁰ Capel. Civ Capital Federal. Sala K. 14-06-13, O. E. M. y otro c P., A. O. s/ daños y perjuicios. Ordinario. 2013.

extramatrimonial para, después de la prueba genética, lograr el reconocimiento paterno mediante la sentencia que así lo declaró.”

Asimismo, la parte actora incluyó en su reclamo el daño moral por falta de reconocimiento, el daño psicológico que corresponde a su hijo, además el daño moral que le provoca a su parte, no solo el abandono durante el embarazo y el parto sino también los agravios que se deducen del juicio de filiación y a su vez el daño material, la Cámara señaló,

“(…) para cuantificar el contenido del daño moral por la falta de reconocimiento paterno deben tenerse presente las concretas repercusiones que la conducta omisiva ha provocado, pues esa situación anómala dentro del emplazamiento familiar coloca a la persona en una posición desventajosa desde el punto de vista individual y social”.

Se ha considerado según lo presupone Famá, que las excepciones formuladas por la jurisprudencia en cuanto al marco resarcitorio del art. 1078 C.C. han tenido en cuenta situaciones de extrema gravedad, en los que resulta irrazonable desconocer los padecimientos sufridos (Famá, 2009, p. 693), pues la sentencia determinó que,

“(…) aun cuando se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C., una interpretación sistemática de la normativa conforme los principios generales del derecho, además de las normas constitucionales y de los tratados internacionales, permite reconocer el resarcimiento del agravio moral de la madre por la falta reconocimiento paterno voluntario cuando se ha acreditado el daño reparable. Debe reconocerse el derecho a la progenitora a ser indemnizada por el daño moral derivado de la falta de reconocimiento paterno voluntario de su hijo, pues no cabe duda que la situación le produjo innegables padecimientos espirituales que tuvo que vivir ante el nacimiento, no solo con la indiferencia del padre, sino con su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en su entorno social.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 2013)

5) DERECHO COMPARADO

Dentro del derecho comparado se advierten distintas orientaciones a la hora de regular la legitimación activa de los damnificados, Ramón Daniel Pizarro las divide en dos tendencias: “*sistema que reconoce con amplitud el derecho del damnificado directo a obtener la reparación y sistema que consagra el principio de tipicidad del daño y sólo admite su reparación en los casos previstos por la ley*” (2004, pp. 205-206).

La primera que es la mayoritaria, en la que se incluyen países como ser: Francia, Chile, Perú, Paraguay, Venezuela, México, Japón, Líbano, Grecia y Brasil, entre otros. Éstos reconocen en forma expresa o de manera implícita, que todo damnificado directo puede

obtener la reparación por daño moral de los perjuicios causados por el hecho ilícito. Criterio que se aplica asimismo a cuestiones de injurias, calumnias, o cualquier daño a la integridad psicofísica o espiritual, entre otros. “(...) *Rige plenamente el principio de atipicidad (...)*” (2004, p.206).

La segunda tendencia posee un criterio más restrictivo, la integran países tales como Alemania, Polonia, Turquía, Suiza, Austria e Italia, que sólo legitiman activamente al legitimado directo por daño moral en los casos establecidos por la norma expresamente. Consagra un sistema: “*de tipicidad del daño (...)*” (2004, p.206).

Corresponde tener en cuenta tal como lo indica Pizarro (2004) que el derecho comparado reconoce la legitimación de la madre para efectuar el reclamo por las consecuencias no patrimoniales acaecidas ante la falta de reconocimiento. El sistema francés admite el resarcimiento por daño moral y material a la madre por la omisión voluntaria del padre al reconocimiento de su hijo (Art. 340-5)⁴¹.

El código Civil peruano establece que la redacción del precepto no es la más adecuada ya que parecería que el derecho a la indemnización sólo se restringe a los casos expresados y no a los demás supuestos regulados en el artículo 402 como, por ejemplo, la concepción ocasionada por el delito de violación. Consideramos que el derecho indemnizatorio debió extenderse a todos los supuestos del artículo 402⁴² cuando la madre acredite el sufrimiento de un daño causado por el presunto padre. No obstante, la redacción limitativa de la norma

⁴¹ **Art. 340-5 Código Civil de Francia.** “Cuando se admita la acción, el Tribunal podrá, a solicitud de la madre, condenar al padre a reembolsarla todos o parte de los gastos de maternidad y de manutención durante los tres meses que hayan precedido y los tres meses que hayan seguido a que hayan seguido al nacimiento, sin perjuicio de los daños y perjuicios que pudiera reclamar en aplicación de los artículos 1382 y 1383.”

⁴² **Art. 402 Código civil de Perú.** “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita. 2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia. 3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales. 4.- En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. 5.- En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitada. 6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igualo mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415, Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igualo mayor grado de certeza”

resulta aplicable el principio general: "aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo". Por lo tanto, la madre estaría facultada en nuestra opinión a demandar una reparación por el sufrimiento ocasionado de ser el caso. Sin perjuicio del derecho indemnizatorio conferido a la madre, el hijo, quien es el titular de la acción de declaración judicial de filiación extramatrimonial, también está facultado a demandar el resarcimiento de los daños que el progenitor o los herederos de éste le hubieran ocasionado por la negativa del reconocimiento, caso en el cual, de ser el hijo menor de edad, será representado por su madre quien podrá demandar por derecho propio y en representación de su hijo durante la minoría de éste (art. 414)⁴³. (Pizarro, 2004)

El código de familia de Bolivia también regula la indemnización a la madre en caso de sufrir algún perjuicio por daño moral o material en el no reconocimiento de un hijo (art. 210-211)⁴⁴.

6) CONCLUSIÓN

Habiendo realizado un análisis detallado de la responsabilidad civil por el no reconocimiento de un hijo, cabe señalar que, se considera que, ante la presencia de un daño injustamente sufrido por la madre, ésta se encontraría en condiciones de reclamar la indemnización por los perjuicios acaecidos.

Parte de la doctrina y ciertos precedentes jurisprudenciales, consideraron que tanto la madre como el hijo son damnificados directos para reclamar los daños producidos por la omisión del reconocimiento voluntario del progenitor. Es indudable el dolor que siente una

⁴³ **Art. 414 Código Civil de Perú.** "En los casos del artículo 402, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo. También tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción. Estas acciones son personales, deben ser interpuestas antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente; se dirigen contra el padre o sus herederos y pueden ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante."

⁴⁴ **Art. 210 Código de Familia de Bolivia.** "(GASTOS Y PENSIONES). En caso de admitirse la paternidad, el demandado o sus herederos deben satisfacer los gastos de gestación, los de parto y una pensión a la madre durante seis semanas antes y seis semanas después del nacimiento. Si al iniciar la demanda la madre estuviere en el período de la gestación, el órgano administrativo de protección de menores correrá con la atención médica correspondiente, con cargo a reembolso por el que sea judicialmente declarado como padre. Las obligaciones enunciadas en el presente artículo se harán efectivas bajo orden de apremio."

Art. 211 Código de Familia de Bolivia. "(REPARACIÓN A LA MADRE). Fuera de ello, la madre puede obtener se la repare el daño material y moral que haya sufrido efectivamente."

madre por tener que afrontar sola desde el embarazo, el nacimiento y la crianza de un hijo, por la ausencia u omisión del padre a afrontar sus obligaciones y responsabilidades.

Las omisiones en que incurre el progenitor atentan contra el honor, nombre, honestidad, afecciones e intimidad de la mujer. Las lesiones sufridas deben ser resarcidas.

Si bien, en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma expresa que lo regule, vimos que parte de la doctrina y jurisprudencia lo han considerado, aplicando los principios generales de la responsabilidad civil y el principio constitucional de “no dañar a otro”, pues entendemos que todo aquel que causa un daño injusto debe repararlo.

En este sentido, cabe afirmar la madre puede ser damnificada directa de agravios distintos a los sufridos por el hijo, al ver negada la paternidad de su hijo. Actuando ambos, madre e hijo, por iure propio en la acción resarcitoria.

V. CONCLUSIÓN GENERAL

El daño causado por la falta u omisión en el reconocimiento de un hijo debe ser reparado, pues así lo establece la incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación, siendo la primera norma expresa que admite su resarcimiento.

Entiendo que esta razón jurídica se adecua a los tiempos actuales, resultando aplicable los principios de la responsabilidad civil en las relaciones de familia, atendiendo a la unidad del ordenamiento jurídico, integralmente considerado, y ante cualquier conducta que sea contraria a derecho y cause un daño, debe ser reparado.

El derecho de familia, rama en la cual se estudian las relaciones de familia, tiene un contenido especial solidario en el ámbito familiar donde el individuo puede desarrollarse, al mismo tiempo es en ese ámbito íntimo donde más se puede dañar a otro. Así, una violación a un derecho, es una conducta grave, producida por quien tiene la responsabilidad del menor. Genera una lesión más profunda producida por quién tiene una obligación especial de cuidado y protección y no una mera obligación de no dañar.

Por otra parte, cabe recordar que el derecho a la identidad y a tener una filiación tiene rango constitucional y supranacional; cuando el progenitor ha incumplido su deber legal de reconocer al hijo, vulnera el derecho a conocer su identidad de origen, surge la conducta antijurídica, y si se reúnen los demás presupuestos de la responsabilidad civil, da lugar a su acción indemnizatoria.

Los hijos no reconocidos por sus padres, acarrearán una minusvalía social e incluso un fuerte dolor, al saberse negados por su propio padre y, esto provoca no sólo en esos niños un sentimiento de inferioridad e inseguridad, sino también, una desprotección espiritual al no contar con una imagen y figura paterna cierta, visible y responsable. Nadie puede negar el profundo impacto que provoca en un niño al no ser reconocido por el padre que lo engendró y privando así de una pertenencia reclamada por todo ser humano, pero por sobre todo en la niñez y adolescencia.

Por lo tanto, toda persona tiene derecho a una identidad, derecho consagrado por nuestra Constitución Nacional, la falta o vulneración a ello engendra un daño injustamente causado, que debe ser reparado.

No se puede negar que la falta de reconocimiento de un hijo como propio, da origen a una conducta antijurídica y únicamente subsanable mediante una reparación integral y plena conforme los conceptos y lineamientos no sólo vertidos por nuestra doctrina sino también por precedentes jurisprudenciales; admitidos previa incorporación legislativa.

En nuestro sistema legal hay principios y valores fundamentales, de rango constitucional o propios del derecho privado que suministran reglas básicas para razonar, orientarse y resolver sobre los daños y la manera de repararlos, entre estos principios rectores se encuentra el universal de “no dañar a otro” y el de reparación plena e integral.

Con respecto a la legitimación, el Código Civil y Comercial de la Nación amplió los límites antes impuestos por el viejo código de fondo, incorporando supuestos de grave incapacidad, atendiendo a aquellos casos en los cuales la víctima pierde toda posibilidad de sentir, o moverse por sí misma. Por ejemplo, parapléjicos, tetrapléjicos, que han quedado en vida vegetativa, o personas que han sufrido la pérdida de un miembro o de un sentido. En esos casos puede percibir la indemnización el damnificado directo, pero también los demás legitimados.

En cuanto al damnificado directo, se considera a la víctima del ilícito dañoso, y los damnificados indirectos, son aquellos que padecen un daño propio, derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero, respecto de quien existía un interés patrimonial o extrapatrimonial. Antes de la reforma se consideraba sólo a los herederos forzosos, el nuevo código agrega a los herederos forzosos, los que recibían trato familiar ostensible. Es decir, los convivientes, de cualquier sexo.

Asimismo, se consideró que debía distinguirse entre el daño que experimenta la madre por reflejo del sufrimiento de su hijo ante la falta de reconocimiento, del daño directo que recae sobre ella. Mencionamos previamente los daños que impactan sobre el hijo, entre ellos, el no poder llevar el apellido paterno, las consecuencias de ser hijo de madre soltera.

Ahora bien, parte de la doctrina considera que la madre tiene legitimación para reclamar por derecho propio y como damnificada directa la reparación de los daños causados por el abandono a su persona y omisión de reconocimiento del hijo por parte del progenitor paterno. A raíz de los perjuicios derivados de afrontar sola, la situación desde el embarazo, parto, crianza y desarrollo del hijo, los sufrimientos padecidos, daño psicológico, espiritual, emocional que entran a considerarse dentro del daño moral.

La madre carece de legitimación como damnificada directa en los daños causados a su hijo, sólo podrá hacerlo en caso como dijimos, de muerte o grave incapacidad del mismo. Pero consideramos que sí cuenta con la facultad para asumir el carácter de actora, por el daño propio y directo experimentado por la falta de reconocimiento paterno.

No obstante, la madre deberá acreditar el daño efectivamente sufrido.

Finalmente, entendemos que entraría configurado tácitamente en la regulación expresada en el art. 587 del Código Civil y Comercial, ya que pretender que sólo existe el deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga, resultaría para nuestro sistema legal totalmente inadecuado.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) DOCTRINARIAS

A) LIBROS

- BELLUSCIO, A. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.
- BELLUSCIO A. & ZANNONI, E. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea
- BIDART CAMPOS, G. (2009). *Manual de la constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- BOSSERT, G. & ZANNONI, E. (2016). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.
- CORNET, M. et al. (2008). *El proceso de daños y perjuicios*. Córdoba: Mediterránea.
- DIEZ PICAZO, L. (1984). *Sistema de derecho civil*. Buenos Aires: Tecnos.
- DIEZ-PICAZO, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas.
- FAMÁ, M. (2009). *El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental*. Buenos Aires: Rubinsal – Culzoni.
- FAMÁ, M. (2009). *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- FONZOLATO, E. (2007). *Derecho de familia: La familia y sus nuevos modelos*. Alimentos. Córdoba: Advocatus.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A & LOVERAS, M. (2014). *Tratado de Derecho de Familia (Según el Código Civil y Comercial de 2014)*. Rubinzal Culzoni.
- LLOVERAS, M. et al. (2015). *Manual de derecho de las familias*. Córdoba: Mediterránea.
- MEDINA, G. (2013). *Daños en el derecho de familia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- MOSSET ITARRUSPE, J (2008). *Responsabilidad civil y contratos*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- MOSSET ITARRUSPE, J (2016). *Responsabilidad por Daños. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- PIZARRO, R. (2004). *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammurabi
- PIZARRO, R. & VALLESPINOS, C. (2014). *Compendio de derecho de daños. Requisitos. Eximentes. Funciones del derecho de daños. Responsabilidades especiales. Acción resarcitoria. Relación entre la acción civil y la acción penal*. Buenos aires: Hammurabi.
- PIZARRO, R. & VALLESPINOS, C. (2013). *Instituciones del derecho civil. Obligaciones*. T. 4. Buenos aires: Hammurabi.

B) REVISTAS

- FAMÁ, M. (2009). De los contratos y las relaciones de familia. *Revista de Derecho de Familia*, N° 42.

- FAMÁ, M. (2007). Filiación, pruebas biológicas y revisión de la cosa juzgada. *Revista de Derecho de Familia, p.1.*
- FAMÁ, M. (2007). Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial. *Revista de Jurisprudencias* 6/2007, Perú.
- MOSSET ITURRASPE, J & LORENZETTI, R. (1999). Daño moral. *Revista de Derecho de Daños, 6.*
- MOSSET ITURRASPE, J & LORENZETTI, R. (1999). La prueba del daño - I. *Revista de Derecho de Daños, 4/1.*
- ORGAZ, A. (1980). *El Daño Resarcible, N° 14.* Buenos Aires: Lemer.
- ZAVALA DE GÓNZALEZ, M. (1994). *Resarcimiento de daños.* Buenos Aires: Hammurabi.

C) PONENCIAS

- CORBO, C. M. Responsabilidad civil por falta de reconocimiento espontáneo de hijo extramatrimonial. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar>
- MOLINA QUIROGA, E. Y VIGGIOLA, L. (1999) Protección Constitucional del Derecho a la Identidad del Hijo Extramatrimonial. Trabajo presentado en el Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI. Abril, 28, 29 y 30 de 1999. Comisión N° 7: Derecho Civil. Tema N° 7.3: Derecho Civil Constitucional.- Disponible en: <http://www.aaba.org.ar>
- PIZARRO, R. D. (2015). Modernas Fronteras de la Responsabilidad Civil: El Derecho a la Reparación desde la Perspectiva Constitucional. Academia

Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en:
<http://www.acader.unc.edu.ar>.

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

D) LEGISLACIÓN

A) INTERNACIONAL

- Código Civil de Francia
- Código Civil de Perú.
- Código de Familia de Bolivia.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Pacto San José de Costa Rica.

B) NACIONAL

- Código Civil de la Nación.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Penal de la Nación.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- Constitución Nacional.
- Ley Nacional 26.061.

E) JURISPRUDENCIA

A) EXTRANJERA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, Hewlett V. George, Miss 703, 9 So 885 (1891).

- CORTE EUROPEA DE DERECHO HUMANOS. Krom y otro c. Países Bajos. TEDH, 27-10-94
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS. Small V. Rockfeld, 66 NJ 231, A 2d 335 (1974).

B) NACIONAL

- Cám. Civ. y Com. De Azul, 11-12-1996, L. L. Buenos Aires 1997-562.
- Cám. Civ y Com. de Junín, 22-9-95, L. L. Buenos Aires 1996-374.
- Capel. Civ Capital Federal. Sala K. 14-06-13, O. E. M. y otro c P., A. O. s/ daños y perjuicios. Ordinario. 2013.
- C.S.J.N. “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 308:1160 (1986)
- C.S.J.N. “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, Fallos 327:3753 (2004) §
- C.S.J.N. “Gunther c/ Estado Nacional” Fallo 308:1118 (1986) § C.S.J.N. “Halabi, Ernesto c/ PEN – 25.873”, Fallos, 322:111 y LL 2009-B-157.
- Juzg 1ª Inst. Civ y Com. de Buenos Aires, 13-08.2015, C., G. J. s/informacion sumaria Buenos Aires, 2015.
- Juzg. I Inst Civ. y Com. Nº 9 de San Isidro, 25-3-88, E.D. 128-333.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, 24-10-13, S.,J. S c J. C. E. s/ filiación. 2013-73500.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	CAÑADA MARÍA EUGENIA
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34.768.086
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	La responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento de un hijo y su legitimación
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Canada_euge@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	completa

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____ Córdoba, _____ de _____ de 2017 _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que la tesis
adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.