



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera de Abogacía

Sede Centro

Título del trabajo

Responsabilidad por los daños derivados de la falta de reconocimiento voluntario del padre en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino y su diferencia con el anterior tratamiento.

2020

Tutor: Dr. Ignacio Gonzalez Magaña

Alumno: Ricardo Nicolás Ricolfi

Datos de contacto: 15-3689-5268 // rnicolasricolfi@yahoo.com.ar

Título al que aspira: Abogado

Presentación: 02/2020

Buenos Aires, 04 febrero de 2020.

SEÑORES

Universidad Abierta Interamericana

At. Dr. Ignacio Gonzalez Magaña

S / D

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de informarle que he aceptado realizar la tutoría del alumno Ricardo Nicolás Ricolfi, D.N.I. 32.756.671, en la elaboración del trabajo final de la carrera de Abogacía, titulado: *“Responsabilidad por los daños derivados de la falta de reconocimiento voluntario del padre en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino y su diferencia con el anterior tratamiento.”*.

Atentamente.

Dr. Ignacio Gonzalez Magaña.-



Buenos Aires, 04 de Febrero de 2020.-

SEÑORES

Universidad Abierta Interamericana

S / D

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico que el alumno Ricardo Nicolás Ricolfi ha confeccionado bajo mi supervisión el trabajo final que lleva el título *“Responsabilidad por los daños derivados de la falta de reconocimiento voluntario del padre en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino y su diferencia con el anterior tratamiento.”*.

Que de acuerdo a la calidad disciplinar de su contenido merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.

Sin otro particular, saludo a Ud. Atte.

Dr. Ignacio Gonzalez Magaña.-

Título: Responsabilidad por los daños derivados de la falta de reconocimiento voluntario del padre en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino y su diferencia con el anterior tratamiento.

Área temática: Derecho de Familia

Resumen: El presente trabajo tiene como finalidad realizar un análisis y desarrollar de manera acabada, los daños que se ocasionan por la falta de reconocimiento del padre hacia el menor, abarcando sus consecuencias, sus atenuantes y como ha sido modificado su tratamiento en el anterior Código Civil y el vigente Código Civil y Comercial, teniendo como soporte la doctrina argentina, su jurisprudencia y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Preguntas problema:

- 1- ¿Qué tratamiento estaba previsto en la Ley 340 y modificatorias?
- 2- ¿Qué sanción se encuentra prevista en el actual C. C. y C. (ley 26.994)?
- 3- ¿Qué presupuestos se deben cumplir para configurar la responsabilidad civil?
- 4- ¿Quiénes se encuentran legitimados para realizar el reclamo por daños?
- 5- ¿Qué tipos de daños se producen por la falta de reconocimiento?
- 6- ¿Qué excepciones se pueden oponer?

Metodología: Descriptivo.

Hipótesis: La falta de reconocimiento por parte del padre provoca tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales, los cuales deben ser resarcidos.

Marco teórico: El presente trabajo se desarrollará sobre la comparación del viejo Código Civil (Ley 340 y modificatorias), y el vigente Código Civil y Comercial (Ley 26.994).

Se basará también sobre la doctrina y jurisprudencia nacional; y los tratados internacionales con reconocimiento constitucional.

Introducción:

La problemática sobre los daños ocasionados por parte del reconocimiento voluntario paterno surge, a raíz de que el reconocimiento de un hijo por parte de los padres es un derecho que tienen todos los niños; en virtud de lo cual esta situación genera un derecho-deber del progenitor de reconocerlo. Como consecuencia, su omisión produciría una conducta antijurídica.

En el viejo régimen no se incluía una normativa específica que regule el reconocimiento voluntario de un hijo, ni en las normas generales de la responsabilidad, ni en el régimen filiatorio; por lo que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, reconociendo el carácter de obligación legal y basado en que la omisión decanta en una conducta antijurídica, es que dieron lugar durante la vigencia del derogado código al nacimiento jurisprudencial del derecho al resarcimiento del daño moral por la falta de reconocimiento.

Para esto encontraron su fundamento en el derecho de no dañar a otro (art. 19 C.N., 1109 y 1113 C.C.), y que no se puede amparar legalmente el ejercicio abusivo de los derechos (1071 C.C.). A esto se le anexa que la ilicitud de dicha conducta se desprende de una concesión de accionar para reclamar la filiación extramatrimonial de un hijo (art. 247 C.C.), y del art. 3296 bis C.C., el cual establece la existencia de una causal de indignidad para suceder al hijo configurada por el no reconocimiento voluntario.

Dichas normas han sido el principal sustento para fundamentar el daño ocasionado por la falta de reconocimiento voluntario de un hijo.

Como primer precedente histórico, encontramos en nuestra jurisprudencia un fallo a favor del reconocimiento, que data del año 1989 en la sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro; en donde se confirmaba el decisorio de primera instancia (1988), el cual determinaba que la falta de reconocimiento del hijo propio y la negativa de realizarse pruebas biológicas, producen daños y la configuración de un hecho ilícito, los cuales deben ser resarcidos. El principal fundamento del caso se basó en el art. 3296 bis del C.C.: *"Es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya pasado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna."*

La mencionada resolución constituye un *leading case* en la materia, y en la época ha sido sostenido por gran parte de la doctrina, y la jurisprudencia posterior al caso y la legislación comparada.

Posteriormente hay que tomar en cuenta que se le adiciona el reconocimiento constitucional al derecho del niño a ser reconocido por sus padres con la reforma de 1994, incluyendo los tratados internacionales en el art. 75 inc. 22, del que resalta la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente los art. 7 y 8 (identidad del niño y derecho de conocer a sus progenitores).

Esta sucesión de hechos tiene como consecuencia que en el tratamiento del nuevo Código Civil y Comercial, se incorpora el art. 587, incluido en el Título de la Filiación, en donde dicha norma expresa: *"El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código"*.

Para que se constituya la responsabilidad civil se deben encontrar sus cuatro elementos básicos: 1) antijuridicidad; 2) daño; 3) relación de causalidad; y, 4) factor de atribución.

Como vemos entonces, el no reconocimiento voluntario del hijo parte de un acto arbitrario, dado que existen diversas posibilidades para su cumplimiento. Esta situación produce que la omisión de los deberes de responsabilidad paternal generen daños resarcibles (daño patrimonial y/o extrapatrimonial), ya que no basta únicamente la falta de reconocimiento, sino que ésta debe ser dolosa o culposa, y debe existir una relación de causalidad entre la falta de reconocimiento y el daño ocasionado.

En resumen, para que sea procedente el reclamo, tienen que ser aplicables los elementos de la responsabilidad civil a esta falta de reconocimiento:

- La conducta debe ser antijurídica.
- Dicha conducta tiene que provocar un daño (patrimonial y/o extrapatrimonial) hacia el hijo no reconocido; el cual debe ser resarcido.
- Tiene que poder establecerse una relación de causalidad entre el hecho antijurídico con el daño ocasionado.
- Todo esto debe proceder del acusado (el cual debe haber contado con la posibilidad de efectuar el reconocimiento jurídico) para que se cumpla el factor de atribución.

El fundamento legal nace en el texto del art. 587 *ut supra* mencionado; en el art. 19 de la C.N. ya que ampara el derecho a reclamar la reparación de los daños por la omisión del reconocimiento, de acuerdo al principio constitucional de *"alterum non laedere"*; también en la Convención de los Derechos del Niño, ya que protege el interés superior del niño; y en el art. 33 de la C.N., el cual establece el derecho de todo ser humano de tener una filiación como derecho implícito.

Por lo tanto, como se desarrollará en el presente trabajo, el actual Código Civil y Comercial intenta llenar un vacío que anteriormente la doctrina y jurisprudencia han

sabido suplir, que es la tipificación del daño producido por la falta de reconocimiento voluntario del padre hacia el hijo.

Esta solución que ha venido a reparar la vigente legislación, lo consigue parcialmente ya que se centra en la viabilidad del resarcimiento, y todos los precedentes jurisprudenciales que han sabido cubrir las diferentes situaciones que se producen de la relación filial, no se ven plasmados en la norma, quedando sujetos para su resolución a las disposiciones comunes y de carácter general.

Abstrac: “Responsabilidad por los daños derivados de la falta de reconocimiento voluntario paterno”

Esta problemática encontró sustento legislativo en la última reforma del Código Civil y Comercial, ya que anteriormente no se encontraba reflejada en un cuerpo normativo, pero que la misma ya contaba con voz a favor tanto en la doctrina como la jurisprudencia.

El art. 587 de la Ley 26.994 es el que reconoce esta problemática y da el marco para que encuadre el accionar (o mejor dicho su omisión) en la ley.

Si bien este artículo ha venido a suplir un vacío y un silencio que regía en esta problemática (en la parte normativa propiamente dicho), este resulta parcial ya que no abarca todas las variables y problemáticas que se desprenden de la misma (apunta directamente a la reparación por vía del resarcimiento), y su redacción resulta demasiado corta, todo esto si consideramos la gran cantidad de antecedentes jurisprudenciales que existen sobre este asunto.

Por lo tanto, el objeto de este trabajo busca mostrar la diferencia existente entre el tratamiento dado en el código velezano y el actual; como se confecciona el daño y el alcance del resarcimiento y; desarrollar las particularidades de una problemática vigente, que se encuentra arraigada en la sociedad desde tiempos remotos, y de la cual la jurisprudencia ha ido reglándola y supliendo las ausencias en los textos normativos.

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un análisis y desarrollar de manera acabada los daños que se ocasionan y derivan de la falta de reconocimiento del progenitor hacia el menor, abarcando sus consecuencias, sus atenuantes y como ha sido modificado su tratamiento en el anterior Código Civil y el vigente Código Civil y Comercial, teniendo como soporte la doctrina argentina, su jurisprudencia y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Palabras Claves

Daños por falta de reconocimiento del progenitor; consecuencias del daño, tratamiento en el código anterior y tratamiento en el vigente Código Civil y Comercial, doctrina y jurisprudencia con respecto al daño por no reconocimiento filial; tratados internacionales.

Índice

Introducción.....	2
Justificación	3
Planteo del problema	4
Objetivos.....	5
1. La identidad como derecho personalísimo	6
2. El reconocimiento paterno filial en el nuevo Código Civil y Comercial	9
3. Leyes relacionadas con la temática	16
4. Elementos del daño	25
5. El daño por no reconocimiento filial en el Código velezano.	41
6. El daño en el derecho de familia	44
7. Análisis de la jurisprudencia referida al daño moral por falta de reconocimiento filial	54
Conclusiones	80
Bibliografía.....	85

Introducción

El no reconocimiento voluntario del hijo parte de un acto arbitrario, dado que existen diversas posibilidades para su cumplimiento. Esta situación produce que las omisiones de los deberes de responsabilidad parental generen daños resarcibles (daño patrimonial y/o extra-patrimonial), ya que no basta únicamente la falta de reconocimiento, sino que ésta debe ser dolosa o culposa, y debe existir una relación de causalidad entre la falta de reconocimiento y el daño ocasionado.

El presente trabajo comprenderá el estudio de los daños por no reconocimiento filial, analizando su tratamiento en el Código anterior y su tratamiento actual teniendo en cuenta las modificaciones vertidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

También se tendrá en cuenta el análisis que se realiza de la cuestión desde el ámbito de la responsabilidad civil, determinado los elementos que configuran la responsabilidad. Dentro del mismo ámbito, se tomará especial atención al concepto de daño moral como ítem resarcible y los aspectos que se tienen en cuenta para determinar el quantum de un daño de tipo espiritual.

Por otro lado se analizarán las diferentes soluciones jurisprudenciales, además de tener en cuenta las características específicas del daño para que generen daños resarcibles. En este caso, se tomarán en cuenta las soluciones jurisprudenciales con respecto a la cuantificación del daño y el trato que se dispensa en los tribunales a la demora de la madre en realización el reclamo de filiación de los hijos. Por lo tanto, el trabajo posee un enfoque de tipo cualitativo, con diseño descriptivo en el cual se utilizan diferentes fuentes secundarias y primarias tales como análisis doctrinarios, investigaciones, leyes, los códigos civiles y fallos.

El estudio comienza con el análisis del derecho a la identidad que posee rango constitucional desde la reforma de 1994 a partir de ciertos tratados internacional con igual jerarquía que la constitución según lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Así, se realizará un análisis de las características particulares de este derecho personalísimo de carácter absoluto.

En el segundo capítulo se analizarán los artículos del nuevo Código Civil y Comercial referidos al reconocimiento filial y el emplazamiento en el estado de familia de los hijos. Siguiendo con el análisis de las normas, en el tercer capítulo se analizarán los tratados internacionales que garantizan el derecho a la identidad tales como la Convención sobre los derechos del niño, niña y adolescentes y los lineamientos establecidos por la Ley 26.862 de producción asistida que determina los derechos y deberes de los actores intervinientes en el proceso. Mientras que en el capítulo cuatro se tomará en cuenta los elementos del daño según los lineamientos doctrinales de la responsabilidad civil. Dentro del quinta capítulo se analizará el daño por no reconocimiento filial dentro del código civil velezano y en última instancia se tomará en cuenta el tema del daño dentro del derecho de familia y se analizará jurisprudencialmente diversas sentencias referidas al daño por no reconocimiento filial.

Justificación

La constitucionalización del Código Civil y Comercial, ha conllevado la presencia de ciertas modificaciones en el ámbito del derecho de familia. Así, mientras en el Código anterior no existía una mención expresa al daño por no reconocimiento filial, en el Código Civil y Comercial de la Nación se menciona que el daño por no reconocimiento del padre es resarcible siempre y cuando se cumplan con los elementos que configuran la responsabilidad civil por daños.

Entonces, el presente trabajo relacionará los tratados internacionales, la normativa y la nueva regulación y ayudará a establecer las características que debe tener el hecho para que se configure el daño resarcible. También el estudio determinará el tipo de indemnización y las razones por las cuales el monto indemnizatorio puede aumentar o disminuir.

Desde el punto de vista doctrinario ayudará a caracterizar las circunstancias que pueden configurar un daño resarcible cuando el hijo no ha sido reconocido por su progenitor. Y, también se establecerá la evolución jurisprudencial en la materia a la luz de los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Planteo del problema

La problemática sobre los daños ocasionados por parte del reconocimiento voluntario paterno surge, a raíz de que el reconocimiento de un hijo por parte de los padres es un derecho que tienen todos los niños; en virtud de lo cual esta situación genera un derecho-deber del progenitor de reconocerlo. Como consecuencia, su omisión produciría una conducta antijurídica.

En el viejo régimen no se incluía una normativa específica que regule el reconocimiento voluntario de un hijo, ni en las normas generales de la responsabilidad, ni en el régimen filiatorio; por lo que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, reconociendo el carácter de obligación legal y basado en que la omisión decanta en una conducta antijurídica, es que dieron lugar durante la vigencia del derogado código al nacimiento jurisprudencial del derecho al resarcimiento del daño moral por la falta de reconocimiento.

Para esto encontraron su fundamento en el derecho de no dañar a otro (art. 19 C.N., 1109 y 1113 C.C.), y que no se puede amparar legalmente el ejercicio abusivo de los derechos (1071 C.C.). A esto se le anexa que la ilicitud de dicha conducta se desprende de una concesión de accionar para reclamar la filiación extramatrimonial de un hijo (art. 247 C.C.), y del art. 3296 bis C.C., el cual establece la existencia de una causal de indignidad para suceder al hijo configurada por el no reconocimiento voluntario.

Dichas normas han sido el principal sustento para fundamentar el daño ocasionado por la falta de reconocimiento voluntario de un hijo.

Esta sucesión de hechos tiene como consecuencia que en el tratamiento del nuevo Código Civil y Comercial, se incorpora el art. 587, incluido en el Título de la Filiación, en donde dicha norma expresa: *"El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código"*.

Así, para que se constituya la responsabilidad civil se deben encontrar sus cuatro elementos básicos: 1) antijuridicidad; 2) daño; 3) relación de causalidad; y, 4) factor de atribución.

Objetivos

Objetivo General

Analizar el régimen legal con respecto a los daños por no reconocimiento filial.

Objetivos específicos

Analizar la configuración del daño por no reconocimiento filial en el anterior Código Civil velezano.

Determinar las características del régimen legal con respecto a los daños por no reconocimiento filial en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Analizar los cuatro elementos básicos de la responsabilidad civil en relación al daño por no reconocimiento filial.

Analizar la jurisprudencia con respecto al daño por no reconocimiento filial.

1. La identidad como derecho personalísimo

En este punto se analizará la identidad como un derecho de tipo absoluto propio de la persona humana. Se comenzará analizando los caracteres propios de los derechos personalísimos para luego, analizar específicamente el derecho a la identidad el cual se encuentra constituido por el derecho al nombre y el derecho a la filiación.

Luego, el análisis se centrará en la recepción del derecho a la identidad dentro de ciertos instrumentos internacionales y se analizará el artículo 19 y 33 de la Constitución Nacional la cual no refiere expresamente a este derecho, pero lo hace de manera implícita.

Según Rivera¹, la identidad es la facultad para exigir la representación fiel de una persona, sin deformar sus cualidades o características; y sin atribuirle caracteres inexistentes o diferentes a los reales del sujeto. Se trata del conjunto de características que diferencian a una persona de la otra y se considera como uno de los derechos personalísimos propios de todos los seres humanos².

Los derechos personalísimos también llamados derechos de la personalidad constituyen una serie de prerrogativas extra-patrimoniales, inalienables, perpetuas y oponibles contra terceros. Toda persona por su condición de tal goza de estos derechos desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte. Se trata de derechos oponibles contra terceros ya que ni el Estado ni particulares pueden privar a la persona de estos derechos por que ello implicaría un menoscabo de la personalidad.

¹ RIVERA, J.C.. *Instituciones del Derecho Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

² CIFUENTES, C. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

Estos derechos personalísimos también son definidos como derechos subjetivos esenciales. Pertenecen a la persona por su sola condición humana. La relación entre la persona y estos derechos es casi orgánica e integral.

Desde la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de varios tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, Argentina se encuentra convencionalmente comprometida a adecuar su derecho interno a las prerrogativas impuestas por estos instrumentos³. Dentro de los derechos humanos protegidos por estos, se encuentran también aquellos que se denominan como derechos a la personalidad, la cual para manifestarse y para su pleno desarrollo el Dr. Jorge Vanossi⁴ explicaba que "... se necesita un conjunto de condiciones que consagran su inviolabilidad. A ese conjunto se le llama seguridad y corresponde a una cualidad esencial de la persona humana que es la dignidad.". Por lo tanto, junto con la honra, la intimidad y el nombre, conforman un conjunto de los principales derechos protegidos dentro de los denominados Derechos personalísimos.

Las cláusulas que reconocen y garantizan los derechos humanos poseen un carácter operativo ya que la no adecuación de la normativa interna de un Estado signatario y la no aplicación de dichas normas por parte de los jueces, habilita a los organismos internacionales a intervenir con el objeto de tutelar los derechos reconocidos en las distintas convenciones.

Los caracteres de los derechos personalísimos son los siguientes: innatos; vitalicios; necesarios; esenciales; de objeto interior; inherentes; extrapatrimoniales; relativamente indisponibles; absolutos; privados; autónomos. A continuación, se procede a explicar cada uno de los caracteres.

Se trata de derechos innatos por que le corresponden a cada persona desde su origen y son vitalicios porque se encuentran vigentes durante toda la vida de la persona. No pueden faltar durante la vida por lo tanto son necesarios y esenciales debido a que representan un mínimo imprescindible para la personalidad humana. Por lo tanto, son

³ CONVENCIÓN DE VIENA, DERECHO DE LOS TRATADOS art. 27.-
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, art. 2.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁴ Dr. Jorge Vanossi. Ciclo Maestros del Derecho: "El Rol del Poder Judicial en el Estado de Derecho". UAI. 21/08/2013.-

inseparables de la persona (inherentes y de objeto interior). Si resultan lesionados, el titular puede exigir el resarcimiento económico por los daños sufridos (extrapatrimoniales). Además, mientras viva la persona, no pueden ser enajenados ni transferidos (relativamente indisponibles). Es deber de todas las personas respetar las facultades del sujeto (erga omnes). Son parte, además, de una categoría de derechos que se diferencian de los demás (autónomos)⁵.

Dentro del derecho personalísimo de la identidad se puede mencionar el derecho al nombre y a la filiación. Dentro de la Convención Americana sobre derechos humanos se regulan las condiciones de las personas dentro del matrimonio. Además, se exige a los Estados Partes asegurar el mismo tratamiento en plano de igualdad tanto a los menores nacidos dentro del matrimonio como aquellos que fueran concebidos fuera del mismo⁶.

Y, en la Constitución Nacional existen dos artículos que pueden relacionarse con la filiación: el artículo 19 y el artículo 33. El primero refiere a los límites de intervención del Estado en cuestiones privadas del hombre⁷. Es en el seno de la familia en donde se oculta generalmente, la verdadera identidad de la persona. Según el artículo 19, el Estado no puede intervenir en cuestiones privadas, pero, como el ocultamiento de la identidad constituye un daño a una persona, la justicia puede tomar intervención. En contraposición, los supuestos padres se niegan a realizarse las pruebas de ADN alegando este artículo. Entonces, el mismo se suele utilizar para habilitar como para frenar la intervención de la justicia.

Por su parte, el artículo 33 de la Constitución Nacional comprende el tratamiento que se debe dispensar a los derechos y garantías que no se encuentran especificados directamente en el instrumento constitucional pero que igualmente poseen fuerza de

⁵ CIFUENTES, Op. Cit.

⁶ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 17 inciso 4.- Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 17 inciso 5.- La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

⁷ CONSTITUCIÓN NACIONAL. Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros, 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.

ley⁸. Esos derechos y garantías no deben instrumentarse para negar otros derechos. Entonces, el derecho a la intimidad no debe alegarse para negarle a otro su derecho a la identidad.

En conclusión, en este capítulo fue definida la identidad como el conjunto de características que diferencian a una persona de otra, se encuentra constituida a su vez por el derecho al nombre y el derecho a la filiación. Así, la identidad es un derecho personalísimo que no puede transferirse, es perpetuo, necesario y esencial ya que le corresponde a la persona desde su origen. Es oponible frente a terceros y si resulta lesionado se puede reclamar un resarcimiento por los daños sufridos.

De acuerdo al análisis de la Constitución Nacional, los progenitores para negarse a la realización del examen de ADN aducían que el estado no puede según el artículo 19 intervenir en la vida privada de las personas, pero, desde el artículo 33 se establece que los derechos y garantías expresados en la Constitución Nacional no deben alegarse para negar otros derechos. De esta manera no puede alegarse la intromisión a la vida privada para negar a otro su derecho a la identidad.

2. El reconocimiento filial en el nuevo Código Civil y Comercial

En este capítulo se analiza la recepción del reconocimiento filial en el nuevo Código Civil y Comercial. Se determinarán los sujetos con legitimación activa para reclamar la filiación además de analizar el carácter obligatorio de la filiación.

Por otro lado, se identificarán las formas posibles de filiación teniendo en cuenta los avances científicos en materia de reproducción y las posibles acciones referidas a la filiación. Por último, se analizarán las diferencias con respecto al anterior código y las consecuencias que se derivan en el juzgamiento de los demandados.

La filiación se encuentra regulada en el título V, segundo capítulo del Nuevo Código Civil y Comercial. El artículo 582⁹ establece que los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si ello no se encuentra asentado en el Registro del

⁸ CONSTITUCIÓN NACIONAL. Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

⁹ Art. 582 del Código Civil y Comercial de la Nación. - El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si ello no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente.

Estado Civil y Capacidad de las Personas. Luego, en el artículo 583¹⁰ se establece que cuando un niño o niña aparece inscripto como hijo de padre desconocido, es el Ministerio Público el que debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por parte del presunto padre. Y, en la segunda parte del artículo 573¹¹ se establece que el reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula y a los demás ascendientes. Por lo tanto, la omisión de reconocimiento tiene como consecuencia la imposibilidad de heredar al hijo. Así, se establece una pena debido a la omisión lo cual implica que el reconocimiento es una obligación. En concordancia, el artículo 2281 inciso f considera indigno suceder al hijo, al padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad¹².

Según el artículo 558 del Código Civil la filiación puede producirse por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción¹³. En los tres casos, produce el mismo efecto. Dentro de este capítulo se regula la reproducción asistida, la determinación de la maternidad, la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, la acción de filiación, de reclamación y de impugnación.

Luego, de su consentimiento previo, informado y libre, las personas pueden someterse a técnicas de reproducción asistidas las cuales se realizan en centros de salud. Ese consentimiento deberá estar certificado ante escribano público o ante autoridad competente. Ese consentimiento podrá ser revocado antes de que se haya producido la concepción en la persona o antes de la implantación del embrión¹⁴.

Con respecto a la filiación, las personas nacidas mediante reproducción asistida son hijos de aquella que los dio a luz y de aquel hombre o mujer que ha dado su consentimiento informado. En el caso en que la fecundación se haya producido por la

¹⁰ Art. 583 del Código Civil y Comercial de la Nación. - Reclamación en los supuestos en los que está determinada sólo la maternidad. - En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.

¹¹ Art. 573 del Código Civil y Comercial de la Nación. El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo.

¹² Código Civil y Comercial de la Nación, art. 2281. Causas de indignidad. - Son indignos de suceder: f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad.

¹³ Art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación. - Fuentes de filiación. Igualdad de efectos. - la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida, o por adopción.

¹⁴ Art. 560 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

aportación de gametos por parte de un tercero, éste último no posee autoridad para reclamar filiación alguna. Esta situación debe constar en un legajo base de inscripción de nacimiento ya que la persona nacida mediante esta técnica puede reclamar información con respecto a datos médicos del donante en el caso en que sea importante para su salud. Además, la identidad del donante podrá ser relevada por medio de autoridad judicial competente y con el procedimiento más breve que pueda proveerse, siempre aduciendo razones debidamente fundamentadas¹⁵.

Con respecto a la filiación por naturaleza, existen una serie de pruebas que determinan la maternidad tales como el certificado médico, obstétrico o expedido por cualquier otro agente de salud el cual certifica la existencia del nacimiento¹⁶.

Salvo prueba en contrario, cuando el nacimiento se produce luego de la celebración de matrimonio se presume que los hijos son de ambos cónyuges. También se presume la filiación en los casos en que los padres se encuentren separados al momento del nacimiento del o los hijos. Esa presunción no rige en aquellos casos en que el nacimiento se haya producido mediante la técnica de reproducción asistida sin el consentimiento previo, informado y libre del cónyuge¹⁷.

La presunción es diferente en el caso en que la mujer de da a luz haya celebrado matrimonios sucesivos. En este caso, la filiación se presume teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre el primer y el segundo matrimonio. Igualmente, se admite prueba en contrario¹⁸.

En el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la filiación puede efectuarse mediante reconocimiento el cual es irrevocable y no requiere la aceptación del hijo. Se puede realizar a través de dos medios: el consentimiento informado y libre cuando la fecundación se haya desarrollado mediante técnicas de reproducción asistida y por medio de sentencia judicial.

Las acciones que pueden llevarse adelante con respecto a la identidad de una persona son: la acción de filiación, de reclamación y de impugnación. Tanto el derecho a reclamar la filiación y la impugnación no prescriben ni si quiera por renuncia expresa o

¹⁵ Art. 562, 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁶ Art. 565 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁷ Art. 566 y 567 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁸ Art. 568 del Código Civil y Comercial de la Nación.

tácita. Como ya se dijo anteriormente, el donante de gametos no puede reclamar la filiación.

Cuando la persona ya tenía una primera filiación antes de su reclamo de filiación, se debe impugnar la primera filiación al mismo tiempo en que se adopta la nueva filiación. Para comprobar la filiación se admiten toda clase de pruebas. Estas pueden ser reclamadas de oficio o a petición de partes. Como pruebas se admiten también las pruebas genéticas. Cuando resulte imposible la toma de material genético de los padres se admite el material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado.

Si el padre ha fallecido se puede tomar como material genético el de los dos progenitores naturales de aquel que ha fallecido. Y, si el material genético es imposible obtenerlo de esta manera, el juez puede disponer la exhumación del cadáver¹⁹.

El hijo se encuentra legitimado a realizar la reclamación de la filiación. En el caso de filiación matrimonial, el hijo deberá accionar contra los dos cónyuges. Y en casos de filiación extramatrimonial, deberá accionar en contra de aquellos que considere sus progenitores. En el caso en que el progenitor de encuentre fallecido al momento de la reclamación, el hijo podrá accionar en contra de sus herederos.

Las acciones de impugnación pueden ser ejercidas por quien da a luz, por la supuesta madre, por su cónyuge, por el hijo o por un tercero que invoque un interés legítimo. Como se puede comprobar el artículo 590 mantiene el sistema binario ya que nadie puede tener vínculo filial con más de dos personas al mismo tiempo y la acción de impugnación puede ser ejercida por el cónyuge, por la madre, por el hijo y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. Aquí se encuentra una diferencia sustancial con el Código Velezano que impedía que el padre biológico reconociera a su hijo si, éste ya había sido reconocido por otra persona dentro del matrimonio con la madre. Esto resulta en un avance al reconocimiento de la configuración de un daño debido a que el anterior artículo 259 del CC derogado actuaba como justificativo del daño derivado de la omisión de reconocimiento.

Así, con las modificaciones del nuevo Código al respecto, plantearon una controversia con respecto a la legislación aplicable en cada caso. Siempre se debe juzgar al demandado teniendo en cuenta el momento en el cual se generó el ilícito. Entonces, si al momento del reconocimiento, se encontraba vigente el anterior Código que impedía

¹⁹ Art. 579 y 580 del Código Civil y Comercial de la Nación.

que el padre biológico reconociera a su hijo si había sido reconocido con anterioridad por el cónyuge de la madre, debía dejarse sin efecto la demanda en contra del padre debido a que no puede aplicarse las leyes con efectos retroactivos.

Asimismo, el Principio de irretroactividad de la ley prohíbe aplicar retroactivamente el nuevo Código, salvo supuestos especiales autorizados por el legislador siempre que no afecte derechos amparados por garantías constitucionales²⁰.

El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo, en los demás casos existen límites. En el caso de la impugnación de la maternidad, la acción caduca luego de transcurrido un año de inscripto el niño en el registro o luego de transcurrido un año en que pudo conocer la sustitución o incertidumbre con respecto a la identidad del mismo. Para la impugnación de la filiación presumida por ley, la o el cónyuge de quien da a luz puede impugnar la filiación durante los trescientos días siguientes a la interposición del divorcio, la separación de hecho o de la muerte. En el caso contrario, en que la impugnación no sea llevada adelante por el cónyuge de quien da luz sino por la madre, el hijo o por un tercero que posee interés legítimo; la acción caduca si transcurrió un año desde que el niño fue inscripto o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser de quien la ley presume que es.²¹

El cónyuge de quien da a luz puede negar la filiación del hijo que ha nacido, si el mismo nace luego de los 180 días de celebrado el matrimonio y la acción caduca si transcurre un año desde que fue inscripto el niño o desde que se tuvo conocimiento de que podría tener otra filiación distinta a la que se presume por ley. Si se comprueba que el cónyuge conocía el estado de embarazo al momento de celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo se desestima la negación.²²

Se puede realizar la impugnación preventiva antes del nacimiento del hijo, la misma puede ser llevada a cabo por el o la cónyuge, por la madre o por un tercero con un interés legítimo. El reconocimiento del hijo fuera del matrimonio puede ser impugnado por los hijos o por terceros con interés legítimo. Los hijos pueden accionar en cualquier tiempo, los demás pueden hacerlo dentro del año de reconocimiento o dentro del año desde que se pudo presumir que podría no ser su hijo.²³

²⁰ BLANCHARD, V. Op.Cit, p. 37.

²⁰ Art. 588, 589, 590 del Código Civil y Comercial de la Nación.

²¹ Art. 591 del Código Civil y Comercial de la Nación.

²² Art. 592 y 593 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Como ya dijimos anteriormente, para comprobar la filiación se permite el acercamiento de cualquier tipo de prueba. Dentro de las pruebas admitidas se encuentran las pruebas de tipo biológicas. Justamente, unas de las pruebas más efectivas resultan ser la prueba de ADN. Se trata de una molécula que conserva y almacena la información genética y es el único vínculo biológico entre una persona y sus padres, y entre éste y sus progenitores y así hasta llegar a sus orígenes. Los resultados de ADN suelen ser irrefutables. Sin embargo, el perito no reemplaza al juez, sino que el juez es el encargado de cotejar la prueba de ADN con otras pruebas que se presentan en los juicios de filiación. El juez es el único que posee la potestad de determinar la filiación de los individuos durante el proceso²⁴.

“Cuando existe el nexo biológico entre las partes, el resultado acredita que fehacientemente existió una relación entre los padres; que esa relación se mantuvo durante los plazos legales de la concepción; que el parto realmente existió y que el menor nacido resulta tener nexo biológico con el que demanda y/o el que es demandado²⁵.”

Los informes periciales deben ser claros y precisos y se deben pedir varias muestras para ser analizadas en diferentes laboratorios. El material genético puede extraerse de cualquier célula: de la sangre, el semen, los pelos, la piel y los huesos. La calidad de la muestra dependerá de la antigüedad del material y el nivel de conservación. Esta cuestión es de vital importancia en los casos en que se ordenan las extracciones en personas fallecidas. Generalmente, se puede tomar la muestra a través de la punción venosa o el hisopado de mucosa bucal. Ésta última forma es la más recomendable debido a que se trata de una forma de extracción de material genético no invasiva, fácil y simple. Además, el hisopo no es sensible al tiempo y a la temperatura lo cual evita los contagios y las roturas y puede ser realizado en personas de cualquier edad²⁶.

Si el presunto padre se niega a realizarse la prueba de ADN, ello no presupone por sí sola el vínculo filial. Se toma simplemente como un indicio el cual será analizado en conjunto con otros hechos y pruebas²⁷.

²⁴ ZENERE G. Y BELFORTE, E. El peritaje de ADN. 2001.

²⁵ ZENERE G. Y BELFORTE, E. Op.Cit. p. 24.

²⁶ ZENERE G. Y BELFORTE, E. Op.Cit.

²⁷ ZENERE G. Y BELFORTE, E. Op.Cit.

Las personas que se someten a este estudio deben presentar su DNI, completar una ficha y firmar el consentimiento para la realización del estudio. Además, se toma una fotografía y una huella dactilar del pulgar derecho. La extracción de la muestra debe realizarse siempre en presencia de testigos que pueden ser el abogado de parte, escribanos o personal de laboratorio²⁸.

En la generalidad de los casos, se realizan las investigaciones en el menor, en la madre y en el padre. Pero puede haber casos más complicados que requieren la incorporación de muestras de otros individuos como los casos en los cuales el presunto padre se encuentra fallecido, resulta ser pariente o la concepción del menor se realizó mediante el incesto, para lo cual se requerirá el estudio de un mayor número de familiares con el objeto de construir el genotipo de la persona que busca su verdadera identidad. También es posible desarrollar pruebas de ADN a hermanos de la persona demandada si la misma ha fallecido o se niega a realizarse la prueba²⁹.

Con respecto a los legitimados para reclamar por daño moral, en el artículo 1741 se establece la legitimación al damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad, tendrá también legitimación para reclamar por las consecuencias no patrimoniales los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. Esta acción puede transmitirse a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

Otro punto importante que se recepta en el artículo 639 inciso b del Código Civil y Comercial de la Nación es la autonomía progresiva de parte de los hijos teniendo en cuenta sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. Es decir que a mayor autonomía del hijo menor es la representación de los progenitores en el ejercicio de sus derechos.

De esta manera, según Cataldi³⁰, la capacidad de ejercicio es un proceso gradual en el cual la persona va tomando autonomía progresiva para ejercer sus derechos, sin olvidar el desarrollo madurativo de la persona.

Esta noción de autonomía progresiva adquiere importancia cuando la madre del menor se niega a representarlo en el ejercicio de la acción de filiación. De esta manera,

²⁸ ZENERE G. Y BELFORTE, E. Op.Cit.

²⁹ ZENERE Y BELFORTE, Op.Cit.

³⁰ CATALDI, Myriam M., Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 127 • LA LEY 2015-C

el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación determina que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. Aquel menor que cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente se le permite el ejercicio de los actos por sí sólo que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En caso de conflictos de intereses con sus representantes legales, el menor puede intervenir en el conflicto con la asistencia de un letrado.

En conclusión, en este capítulo se pudo comprobar que, de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial el hijo puede reclamar su filiación. Si un niño o niña al nacer aparecen como hijos de padre desconocido es el Ministerio Público el encargado de la determinación de la paternidad. El reconocimiento de un hijo es considerado una obligación y se establece como consecuencia de la falta de reconocimiento la imposibilidad de heredar al hijo no reconocido una vez que éste fallece.

Se contempla la existencia de tres formas a través de las cuales puede producirse la filiación: por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción. Las acciones permitidas en relación a la filiación son la acción de filiación, acción de reclamación y acción de impugnación. Para comprobar la filiación se admiten todo tipo de pruebas inclusive la prueba genética.

Con respecto al Código de Vélez, existe una diferencia sustancial. El anterior código impedía el reconocimiento del padre biológico si el niño o niña había sido reconocido por otra persona dentro del matrimonio con la madre. Entonces, debido a que se prohíbe la irretroactividad de la ley, se debe siempre juzgar al demandado teniendo en cuenta el momento en que se generó el ilícito.

3. Leyes relacionadas con la temática

A continuación, se realizará el análisis de las normas relacionadas con la filiación y la identidad. Se comenzará identificando el nuevo concepto en materia de minoridad en el plano internacional en el cual se abandona la concepción asistencialista para enfocarse en la protección de los niños, niñas y adolescentes en calidad de sujetos de derechos. Luego, se mencionan y analizan los puntos relacionados al derecho a la identidad en dos leyes nacionales: la ley 26.061 y la ley 25.457. En último término se

mencionan las cuestiones atinentes a la filiación que marca la ley de reproducción asistida.

Dentro del contexto legal internacional, se resalta un compendio de normas que enfocan y dirigen su atención hacia la protección de los niños, niñas y adolescentes, muy específicamente con lo previsto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Cabe resaltar, instrumento normativo que fue ratificado por Argentina, la cual automáticamente asumía la responsabilidad o el compromiso de activar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole que fuera necesaria a fin de dar efectividad y cumplimiento a los derechos que le son reconocidos a los menores por dicha convención.

Es decir, que el gobierno o el Estado específicamente uniéndose ante dicha orden a los propios jueces de tribunales, el propender de una protección especial que sea real, tangible, con coherencia entre los mecanismos jurídicos y los derechos declarados, para así lograr el perfecto equilibrio donde se protejan los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

A este respecto, este campo de protección nace, primeramente, puesto que los menores de edad son sujetos de derecho que igualmente dentro de la república argentina, componen la ciudadanía juvenil, por tanto, el estado debe encargarse de estas las normas que la reglen.

En este mismo orden de ideas, la autora Gabriela Yuba³¹ (2012), agrega a esta primera observación que:

El ejercicio no se agota en el reconocimiento de los derechos meramente participativos, sino que se extiende hacia aquellos aspectos que conforman integralmente la personalidad del NNA, en la construcción de su proyecto de vida autónomo: el derecho a ser oído, el derecho a la salud, el derecho a la vida, a la educación, a la formación de su propia opinión, libertad de religión, del derecho a mantener su espacio e intimidad, derecho de reunión, derecho de esparcimiento, de acceder a información, el derecho a no ser discriminado, a que se proteja su interés superior³².

³¹ YUBA, G. Los niños, niñas y adolescentes y las garantías en los procedimientos judiciales y administrativos. Buenos Aires: La Ley, 2012.

³² YUBA, 2012, Op. Cit. p. 34.

Cuando se habla del interés superior del niño, resulta necesario remontarse al paradigma del niño como objeto de derecho, donde no era considerado propiamente lo mejor para el niño, sino únicamente lo que la norma decía que era lo mejor para él, siendo este paradigma el imperante hasta la firma de la Convención sobre los derechos del niño, cuya suscripción por parte del Estado Argentino, obliga a realizar un nuevo estudio sobre el paradigma, considerándose como de mayor relevancia el hecho del valor del niño, reconociéndose a este último ya como un sujeto de derecho y en virtud de ello dándole preeminencia a lo que sea mejor para él.

Asumiendo el nuevo paradigma que habla del niño como un sujeto de derecho, surge la necesidad del estudio y adaptación en la legislación patria, siendo este cambio parte esencial para la modificación normativa que se produce en el ámbito nacional, sin embargo, uno de los elementos de mayor relevancia del establecimiento de este nuevo paradigma es la fundamentación del interés superior del niño, como bandera que debe ser respetada por todos los ciudadanos, organismos públicos y privados, manteniendo siempre preeminencia el derecho del niño sobre cualquier otro asunto que pudiere verse afectado.

Ha sido establecido sobre el interés superior del niño que el mismo, debe ser valorado en todo tipo de procedimiento que afecte de una u otra forma el estilo de vida y las decisiones relativas a la vida del niño, en este sentido, ha quedado establecido que: El interés superior del niño se constituye como un principio interpretativo y debe ser estimado toda vez que se quiera tomar alguna decisión sobre cualquier niño, niña o adolescente, ya sea el órgano judicial, administrativo o legislativo, así como las instituciones sean públicas o privadas³³.

En efecto, en los procesos de adopción este principio se traduce en el logro de la mayor cantidad de derechos para los NNyA, y por otro lado en la menor restricción de ellos, analizándose a tales fines cómo los derechos y los intereses de la persona menor de edad se ven o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se adopten o, en su caso, por la omisión de su dictado³⁴

Conforme puede evidenciarse de lo supra expresado, lo principal en la norma vienen a ser establecer como fundamento único e inderogable, la necesidad de estudiar que

³³MÉNDEZ R. A. El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación; 2-8. 2016. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar>.

³⁴MÉNDEZ R. A. Op.Cit. pp. 2-8

resulta más beneficioso para el niño, es decir, se le establece como punto de partida para cada decisión que eventualmente pudiera tomar cualquier órgano, bien sea público o privado la aplicación del principio del interés superior del niño, siendo esto un elemento indefectiblemente que debe ser tomado en cuenta, para lo cual debe escucharse no sólo el argumento de hecho y de derecho, sino lo que dice el raciocinio del juzgador quien en base a ello, puede establecer que es lo que más conviene para el niño y de este modo aplicar una decisión.

Este principio de interés superior del niño pudiera venir a ser el principal fundamento legislativo para la revisión de una gran cantidad de normas, siendo la aplicación de este principio, la principal necesidad que deberían de tener los legisladores y operadores de justicia, siendo que el carácter constitucional que viene impregnado al mismo, obligatoriamente debiera ser tutelado. Resulta importante destacar, el gran avance que constituye la norma contenida en el Código Civil y Comercial de la Nación, puesto que, en dicha normativa, se establece como una de las principales necesidades del procedimiento de adopción, el deber de tener en consideración la opinión del niño, esto es, que el niño debe ser manifestado si está o no de acuerdo con las personas que gozaran de la guardia pre-adoptiva y que posteriormente pudieran ser sus adoptantes.

Sobre el interés superior del niño, resulta importante destacar el carácter de principio o criterio rector que le ha otorgado la legislación, indicándose que:

Constituye una postura rectora de la legislación de la niñez. La utilización de este principio está dotada de importancia cuando se presentan algún tipo de choque entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes, en contra posición con aquellos, también legítimos, pero siempre se toman con prioridad los primeros³⁵

Sobre lo *ut supra* mencionado, puede evidenciarse, que gran parte de los doctrinarios actuales, han establecido como criterio reiterado, la aplicación e interpretación de dicho principio de interés superior, en resguardo de los derechos de los menores, siendo estos los débiles jurídicos en todas las relaciones que pudieran entablarse conforme indica Bueres, recalcando la autora *supra* citada, el carácter constitucional del principio, el cual es tomado de la declaración sobre los derechos del niño.

³⁵Méndez R. A. El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación; 2-8. 2016. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar>. Pp. 2-8

Considerando que se habla del principio de interés superior del niño como un mecanismo de protección de los derechos de los niños, constitucional y legalmente establecido, resulta pertinente indicar que no es únicamente el deber de los beneficiarios exigir la debida aplicación del principio sino que son los ejecutores y aplicadores de la norma, quienes en efecto deberán velar por el efectivo cumplimiento de la norma y resguardo de dicho principio, atendiendo al carácter normativo altamente vinculante que tiene dicho principio en las decisiones a dictarse en pro de la protección de cada sujeto parte de un proceso.

En este orden de ideas, ha dejado sentado Perillo, sobre la aplicación y tutela de este principio, que al momento de aplicarse el mismo se debe considerar dos normas o pautas, las cuales van dirigidas a la efectiva aplicación de dicho principio conforme al espíritu del legislador, siendo el primer punto la aplicación de dicho principio en todo conflicto que efectivamente cause algún tipo de problema o gravamen al niño. Siendo este principio lo primero a considerar, el segundo elemento o punto a tomar en consideración, es tratar en la medida de lo posible que el niño (en los casos de adopción) se mantenga con la familia de origen, es decir, proteger en todo momento a la par del interés superior del niño el derecho a mantenerse con su familia de origen, salvo que por causa del interés superior, resulte mejor para el niño la separación de la familia y reubicación del niño, circunstancia para cual se considerará la opinión del niño, siempre que su madurez lo permita³⁶.

Ahora bien, surge la necesidad de estudiar, analizar y evaluar la finalidad que conlleva propiamente dicha del principio del interés superior del niño, la cual queda fijada como:

(...) apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos³⁷.

³⁶PETRILLO, P. M. Las etapas del proceso de adopción y el interés superior del niño. Buenos Aires, La Ley. 2016. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar>

³⁷PETRILLO, P. M. Op.Cit. p. 15.

Sobre lo supra mencionado, debe recalcarse que se habla del principio de interés superior del niño como un parámetro o una pauta que deben tener los operadores de justicia o todo ente decisorio que se pudiera ver involucrado en un conflicto de intereses donde pudiere estar involucrado el derecho de los niños, en este sentido, resulta importante destacar que dicho principio debe siempre tener como norte la aplicación de la norma, sin embargo, se busca la aplicación justa de la norma, perjudicando lo menos posible al menor.

De manera que, el campo de derecho aplicable a todo niño, niña y adolescente no solo debe abarcar espacios donde se garanticen su participación efectiva, sino que el campo de protección debe incluir hasta lo subjetivo del menor, a fin de que en razón de estos derechos, se logre concederles la oportunidad de vivir de forma sana y adecuada, por ello, dentro de sus garantías y derechos constitucionales se puede mencionar el de la salud, el de la vía, de la formación de su propia y única opinión, el de intimidad, el de ser oído, el de no ser discriminado, el de acceder a la información entre otros, que al final como dije anteriormente solo se procura es darle al menor una vida o una construcción de vida lo más sana posible, a fin de que en ningún momento se pueda ver vulnerado o dañado en el transcurso de su crecimiento.

Por ello, como se dijo lo que activa este campo de protección es la calificación de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y por ende todo el campo de aplicación normativa debe regirlo no solo en el terreno familiar sino también jurisdiccional o cualquier otra instancia en la que este se pueda desenvolver.

En lo atinente y ratificando un poco lo antes dicho, la mencionada autora Yuba, ratifica que “Todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana³⁸”

Lo que quiere decir que no solo los menores de edad, sino todas las personas que conformemos un país, como con-ciudadanos tenemos derecho a que el estado implemente los mecanismos y herramientas necesarias a fin de que se garantice a todos una real igualdad de oportunidades y de trato, donde se respeten los derechos reconocidos no solo constitucionalmente sino por la misma convención internacional, haciendo énfasis en los derechos del niño por su lógica vulnerabilidad.

A este respecto, y por observación de la autora Graciela Jofre, esta expone dentro de sus líneas que:

³⁸ YUBA, 2012, p. 35.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva N° 17 al hablar de los derechos y libertades de la persona humana resalta que entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran³⁹.

Lo que ratifica, la premisa de que por la inmadurez y vulnerabilidad propia del niño/a, ésta requiere de una protección especial el cual los rija dentro de la sociedad, del Estado y de la propia familia, según sea el caso.

Según Solari, la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional luego de la reforma de 1994, accionó la práctica judicial de garantizar el derecho de todo niño a conocer a sus padres biológicos y de que su identidad sea respetada.

Dentro del ámbito nacional se puede mencionar la Ley 26.061 cuyo objetivo principal es la protección de los niños, niñas y adolescentes teniendo como marco los tratados internacionales de derechos humanos. En el artículo 11 se establece el derecho al nombre, a una nacionalidad y a una lengua de origen. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer quiénes son sus padres, tienen derecho a la preservación de sus relaciones familiares conforme a la ley y derecho al mantenimiento de su identidad, cultura e idiosincrasia. Es deber del Estado facilitar la investigación para poder hechar luz con respecto al origen del niño, además deberá poner a disposición de las personas instituciones que se dediquen al registro de manera inmediata, gratuita, obligatoria y oportuna después del nacimiento con el objeto de garantizar su identificación.

Otra norma relacionada con la identidad es la ley 25457 del año 2001 por la cual se crea la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad. Esta norma posee las siguientes funciones: ayudar a cumplir con los compromisos internacionales asumidos con respecto a la cuestión; impulsar la búsqueda de hijos e hijas de desaparecidos con el objeto de determinar su paradero y restituirles su verdadera identidad e intervenir en todos los casos en donde el derecho a la identidad de un menor se vea lesionado.

El proceso de constitucionalización del Código Civil y Comercial de la Nación impactó fuertemente en el derecho de familia. Entonces, tal como lo determina la Corte Interamericana el concepto de familia no es un concepto cerrado que se encuentra

³⁹ JOFRE, G. *Derechos constitucionales e internacionales del menor de edad. Rol de la justicia como integrante del Estado*. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 71.

reducido únicamente al matrimonio, sino que es menester analizar cada familia teniendo en cuenta sus particularidades.

Por otro lado, se ha comprobado que los nuevos modelos de familia tienen su origen en el proceso denominado postmodernidad familiar el cual se caracteriza por la libertad de elección de los proyectos familiares, los cambios en los roles conyugales, la disociación entre sexualidad, procreación y matrimonio; por el reemplazo de la biología y la naturaleza como legitimadores de procesos de parentesco; por la presencia de la voluntad y la elección de los individuos y por la flexibilidad de los modos de convivencia.

Debido a estos nuevos modelos se hace presente que la paternidad no es sólo un acto físico sino que es una opción del campo afectivo más que del campo biológico. Al respecto, el código Civil y Comercial de la Nación recepta como ley especial, la ley de reproducción asistida: ley n° 26.862. El término reproducción asistida se corresponde con todos los mecanismos que asisten médicamente al embarazo de una persona incluyendo también los mecanismos de donación de gametos y/o embriones⁴⁰. Para la realización de estos tratamientos se necesita el consentimiento previo, informado y por escrito de todos aquellos que participan en el proceso.

Cualquier persona capaz y mayor de edad puede someterse a un tratamiento de reproducción asistida. El tratamiento puede realizarse con material genético propio o con gametos donados por terceros. Estos últimos deberán firmar el consentimiento previo, libre e informado en el cual se determina el tipo de tratamiento y las dificultades posteriores a la adopción de gametos. Los donantes pueden ser mujeres de 21 a 35 años y hombres de 21 a 40 años. Estos donantes deben previamente ser analizados siguiendo un protocolo médico y cada donante realizará una sólo donación en un sólo laboratorio. La donación es anónima y confidencial. El centro de salud deberá tener un legajo de cada donante en donde conste su identidad, característica y estado físico.

Con respecto a la cuestión de la filiación, el Código Civil y Comercial de la Nación desestima las acciones de reconocimiento e impugnación de terceros donantes de gametos que hayan realizado la donación de material genético luego de dar su consentimiento libre, previo, informado y por escrito.

⁴⁰ Art. 3 de la ley 26862 de reproducción asistida.

Entonces, las personas nacidas mediante estos tratamientos son hijos de la persona que los dio a luz y los parientes que han firmado el consentimiento, libre, previo e informado. No se puede reclamar la filiación al donante y tampoco éste tiene derecho a reclamarla. En el legajo base para la inscripción del nacimiento se deberá indicar la técnica utilizada, no pudiéndose, en ningún caso, conocer la identidad del tercer donante⁴¹.

Como consecuencia de los cambios producidos en el derecho de familia se presenta ante el jurista una controversia con respecto a las normas a aplicar: si el daño producido en cuestiones de familia se soluciona mediante la aplicación de las normas de derecho civil del derecho privado o, por el contrario, las normas del derecho de familia son autosuficientes para reparar los perjuicios⁴².

Medina⁴³ establece que como el derecho de familia se encuentra incorporado en el Código Civil y Comercial de la Nación y se considera como parte del derecho Privado deberá regirse por sus principios generales. Entonces, si en el ámbito familiar se dan los requisitos de la responsabilidad civil el daño deberá ser reparado.

A modo de conclusión, cabe destacar que en el contexto legal internacional se destaca la especial atención a los derechos de niños, niñas y adolescentes que establece la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Se trata de un instrumento ratificado por Argentina con jerarquía constitucional, en donde se abandona el concepto asistencial para dar lugar a la concepción del NNA como sujeto de derecho. El campo de protección incluye la participación efectiva y la protección de lo subjetivo e intimidad del menor. Así, se reconocen aquellos ítems que forman la integralidad de la personalidad tales como la construcción del propio proyecto de vida autónomo, el derecho a ser oído, obtener información y construir su propia opinión, el derecho a la salud, la vida y la educación y el derecho a mantener su propio espacio e intimidad.

Teniendo como marco dicho instrumento internacional, surge la ley 26.061 la cual posee como objetivo principal la protección de los menores de edad. Con respecto al derecho a la identidad, en su artículo 11 establece el derecho al nombre, a saber quiénes son sus padres, a su nacionalidad y a su lengua de origen.

⁴¹ Art. 18, 19 y 20 de la Ley 26862.

⁴² MEDINA, G. Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial. 2015, Cita on line: AR/DOC/774/2015.

⁴³ MEDINA, op.cit.

Otra ley relacionada con la identidad, es la ley 25.457 del año 2001 a través de la cual se crea la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad. Entre sus tareas se indica el trabajo para lograr la restitución de la identidad de aquellas personas hijos e hijas de desaparecidos y también debe intervenir en los casos en la identidad de un menor se vea lesionada.

Por último, teniendo en cuenta los nuevos modelos de familia y la concepción de la paternidad como una opción del campo afectivo, se puede mencionar la ley de reproducción asistida la cual establece los derechos y obligaciones de los donantes y además de todo lo atinente a la filiación de los niños y niñas que nacen mediante este método.

4. Elementos del daño

Ya comprobado a partir del análisis del Código Civil y Comercial que el reconocimiento de los hijos resulta una acción obligatoria para los padres y, habiendo identificado el derecho a la identidad como un derecho personalísimo protegido por la Constitución Nacional, es menester analizar los elementos que hacen lugar a la responsabilidad por daños ya que, de acuerdo a lo establecido, la omisión de reconocimiento no basta para determinar la responsabilidad civil sino que deben cumplirse los presupuestos que obligan a indemnizar. Debido a esta situación, se analizarán cada uno de los estos elementos o presupuestos. Luego, enmarcados en el principio de reparación plena analizaremos la situación especial del daño moral y las dificultades para la fijación del quantum indemnizatorio.

Entonces, no basta con el no reconocimiento paterno para generar responsabilidad civil, sino que deben presentarse necesariamente todos los presupuestos que obligan a un tercero a reparar. Es por ello que en este capítulo se profundiza el análisis de cada uno de estos presupuestos.

Uno de los pilares del Derecho Privado es la determinación de la responsabilidad civil. Cuando se ha generado un daño a un tercero son muy frecuentes las acciones por daños y perjuicios y los rubros a indemnizar son numerosos y muy variados tales como el lucro cesante, el daño moral y el daño psicológico. Para Borda (2008) “ la responsabilidad sobreviene después del incumplimiento de la obligación ” (p.3). Así,

no existe responsabilidad civil sin daño. Y, el principio de no dañar a otro es consecuencia indudable del deber de hacer justicia.

La responsabilidad civil es definida como la obligación de resarcir que surge como consecuencia del daño provocado tanto por incumplimiento contractual como por la realización de un daño a un tercero que es necesario reparar⁴⁴.

Es menester recordar que, en Argentina, se estableció un doble régimen de responsabilidad: un derivado del incumplimiento obligacional de carácter contractual y otro de carácter extracontractual. Sin embargo, el actual Código Civil y Comercial de la Nación incorporó un sistema unificado de responsabilidad.

Por su parte Picasso lo ha definido como “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido⁴⁵.”

Las funciones del derecho de daños en nuestro sistema de responsabilidad civil son, la denominada función preventiva con sus variantes de prevención de carácter general y otras prevenciones más específicas en relación a actividades de mayor riesgo, una segunda función llamada resarcitoria en la cual el orden jurídico intenta poner a la víctima en la situación anterior al daño que sufrió.

La teoría general de la responsabilidad civil se elabora a partir de la existencia de ciertos elementos o presupuestos básicos que son condiciones del nacimiento de la obligación de indemnizar cualquier daño injusto, se trata de: el daño, la antijuridicidad, los factores de atribución y la relación de causalidad.

A. Daño

Conceptualmente es la ofensa o lesión a un derecho o a un interés legítimo, sea patrimonial o extrapatrimonial, es decir un detrimento o menoscabo de un bien que pertenece a un sujeto⁴⁶.

Se configura un daño cuando se causa a otro un perjuicio de apreciación pecuniaria o directamente se desarrolló el perjuicio sobre las cosas de su dominio o posesión o se

⁴⁴PICASSO, L. Incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en la responsabilidad civil deportiva Publicado en: SJA 23/08/2017, 23/08/2017, 24 - Cita Online: AP/DOC/500/2017

⁴⁵ PICASSO, 2017, p. 12.

⁴⁶ TOLOZA, 2016.

realizó un mal a su persona o a sus derechos o facultades⁴⁷. Para la doctrina el daño es el elemento esencial de la responsabilidad civil y constituye una lesión a un interés jurídico tanto patrimonial como espiritual.

El daño resarcible debe ser personal, directo o indirecto. Es decir que, para que el daño sea resarcible debe reunirse una serie de requisitos. No se puede tratar de una hipótesis; debe ser subsistente y debe existir al momento de ser resarcido, debe comprender la afectación de un interés propio y legítimo del damnificado. El daño directo afecta el interés de la víctima, quien se encuentra legitimada para formalizar el reclamo. Por otro lado, el llamado daño indirecto causa perjuicio a una persona por el desmedro producido en los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales de otra, encontrándose legitimado un tercero para formalizar el reclamo (por ejemplo: los padres son legitimados respecto al daño sufrido por el hijo menor de edad)⁴⁸.

Se entiende, así, que el daño patrimonial es aquel que afecta intereses de naturaleza patrimonial; mientras que, el daño no patrimonial es aquel que recae sobre intereses inmateriales del sujeto. Aquellos intereses perjudicados en el caso de los daños no patrimoniales pueden ser: las creencias, la dignidad, el honor, estima social, salud psíquica de las personas, etc.⁴⁹

No habrá daño si no puede imputarse al agente productor el dolo, la culpa o la negligencia.

El daño es también resarcible cuando se configura la pérdida de chance o daño moral. El daño moral importa una modificación disvaliosa del espíritu, que se traduce en un modo de estar diferente después del hecho y emocionalmente perjudicial.

Los daños refieren a una utilidad perdida. En derecho se contemplan dos tipos de daños: el daño moral y el daño patrimonial. Un hecho dañoso puede provocar daños de ambas clases. La diferencia entre ambos tipos se encuentra en la aptitud que posee el dinero para restaurar la utilidad perdida. En el caso del daño patrimonial la disminución de utilidad es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero y, en el caso del daño moral no existe una suma de dinero que pueda compensar la reducción

⁴⁷BOSCH MADARIAGA, A. Filiación-daños: falta de reconocimiento. 2015. Cita Online AR/DOC/1334/2015.

⁴⁸ PIZARRO, W. La responsabilidad Civil por no reconocimiento de hijo. en libro de Responsabilidad civil y familia. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2015.

⁴⁹ VALPUESTA FÉRNANDEZ, M.R. Y VERDERA SERVER, R. Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos, Tirant Lo Balnch, Valencia, cfr. 330, 2001.

del nivel de utilidad. Entonces la pregunta fundamental se centra en saber si la indemnización de daños y perjuicios es un instrumento de compensación de la pérdida de utilidad sufrida por la víctima de un daño moral.

B. La Antijuridicidad

La acción antijurídica es aquella que resulta contraria al ordenamiento jurídico, integralmente considerado. Comprende un daño causado injustamente por el obrar humano. Entonces, si el daño es justificado, el autor no debe responder⁵⁰.

Es un comportamiento humano, comisivo u omisivo que provoca un resultado en el mundo exterior. Es objetivamente una contrariedad de la acción con el derecho, por lo tanto, independiente de la voluntad y de la culpabilidad del agente. De allí que la conducta de un menor de edad de 10 años pueda ser antijurídica (Art. 921 in fine C.C.) independientemente de su inimputabilidad en relación a su responsabilidad civil.

Entonces, el menoscabo de todo derecho o interés es considerado merecedor de protección y será resarcible en tanto y en cuanto la lesión no se configure justificada por un derecho o interés superior del lesionante. Por lo tanto, la antijuricidad permite individualizar objetivamente un acto como un hecho ilícito causante de un daño⁵¹.

C. Nexos Causales

Es la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido. Vincula material y directamente el incumplimiento obligacional o el acto ilícito con el daño y, en forma sucedánea e indirectamente, éste con el factor de atribución.

Por lo tanto, no se toman en cuenta las consecuencias remotas sino aquellas que poseen un nexo adecuado de causalidad. Es decir que debe haber una relación de causalidad entre el hecho obrado y el daño por el cual se pretende una indemnización⁵².

⁵⁰BOSCH MADARIAGA, A. Filiación-daños: falta de reconocimiento. 2015. Cita Online AR/DOC/1334/2015.

⁵¹BOSCH MADARIAGA, A. Filiación-daños: falta de reconocimiento. 2015. Cita Online AR/DOC/1334/2015.

⁵²BOSCH MADARIAGA, A. Filiación-daños: falta de reconocimiento. 2015. Cita Online AR/DOC/1334/2015.

Este es el presupuesto que permite atribuir materialmente un resultado dañoso a una persona determinada. La relación de causalidad jurídica indaga la responsabilidad civil o penal que surge de una conducta humana, apunta al hombre como artífice y protagonista de los procesos a través de sus actos. No valora la justicia o injusticia de la acción, sino que se refiere a una cuestión fáctica y objetiva, si existe un hecho antecedente como causa y un resultado o efecto. Tiene una doble función, que es determinar la autoría del daño, a la vez que indica quién responderá por el perjuicio causado y la extensión del resarcimiento.

La falta de nexo causal se configura cuando el daño ocasionado no guarda relación alguna con el hecho originario.

Los Eximentes

Las tres eximentes de responsabilidad clásicas, de todo aquel que ejerce una defensa, son: el caso fortuito, la culpa de la víctima y los hechos de un tercero por quien no se deba responder.

i. Caso Fortuito

Es, según la ley, Art. 514 C.C: “todo aquel acontecimiento que no pudo ser previsto o que aún previsto no pudo ser evitado”. Requiere de un hecho exterior, ajeno a las actividades de las partes, que debe ser irresistible, imprevisible, actual y presente, de modo que el afectado no pueda superar el obstáculo que se le está imponiendo. Es el principal, único eximente de responsabilidad en materia de establecimientos educativos.

ii. Culpa de la Víctima

Es el propio damnificado quien por su acción u omisión se auto - provoca el daño. Se encuentra definido en el Art. 1.111 C.C: “el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una causa imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”. En materia jurídica, existe un principio general, que afirma: “nadie puede invocar su propia torpeza”. Si bien, es un eximente de responsabilidad general, es la ley quien en ciertas ocasiones determina su ámbito de aplicación.

iii. Hechos de un Tercero por quien no se deba Responder

El daño lo causa una persona ajena no dependiente de aquel al que se le efectúa el reclamo.

Cuando quien cometió el daño es un tercero, sin vinculación alguna con la persona que ha sido demandada, éste podrá, siempre que la ley se lo permita, plantear este eximente de responsabilidad. Este eximente se encuentra vedado para los establecimientos educativos.

D. Factor de Atribución

El factor de atribución constituye el elemento valorativo en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación o atribución de las consecuencias del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito, a una determinada persona.

a) Factor de Atribución Subjetivo

Los factores de atribución subjetivos se basan en el dolo o la culpa del actuar de un sujeto, y son los que justifican la responsabilidad por el hecho propio. Estos factores de atribución encuentran exclusivamente su fundamento en la noción de culpa probada o presumida. La imputación se relaciona con el comportamiento voluntario del agente y la autoría moral

En un principio se respondía por dolo (intención de cometer el daño), o culpa, negligencia, impericia, imprudencia. Este factor fue sustentado por la teoría clásica, que exigía la acción humana y voluntaria en la conducta.

b) Factor de Atribución Objetivo

Los factores objetivos fundan la responsabilidad basada en parámetros de imputación que prescinden totalmente de la idea de culpabilidad. Las normas que regulan el derecho de daños se encuentran permanentemente desbordadas por nuevos eventos, avances científicos y tecnológicos, utilización de medios mecánicos, de comunicación, etc., en conjunto con nuevas estructuras sociales y cambios demográficos, que exponen a las personas permanentemente a novedosas formas de riesgo. Estos no sólo son crecientes en su gravedad, sino que pueden llegar a lo calamitoso⁵³.

⁵³ PIZARRO, Op. Cit.

Se afirma que la persona ve cada vez más reducido el control de su voluntad y de su acción en las actividades cotidianas, desarrolladas bajo creciente presión de circunstancias externas, que lo exponen a sufrir daños sin culpa alguna. Probablemente en nuestros días, la mayoría de los daños tienen más que ver con lo social que con la conducta personal. Va por caso la siniestralidad vial, aérea, daños por radiación en sus distintas formas, daños ecológicos, etc.

Los factores de atribución de carácter objetivo más conocidos son:

- Riesgo creado: todo aquel que introduce un riesgo en la sociedad debe responder por él.
- Riesgo provecho: si lucro y obtengo ganancias con mi actividad, deberé responder por las consecuencias dañosas de la misma.
- Deber de garantía: asegurar la preservación de la integridad psicofísica de las personas bajo mi cuidado.
- Deber de seguridad: es el deber de proteger la incolumidad de las personas a mi cargo.

En el artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación se establece el deber de reparar cuando se viola el deber de no dañar a otro o cuando no se cumple con alguna obligación. Ambos supuestos dan lugar a la reparación del daño ocasionado.

Por su parte, el artículo 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación comprende el concepto de daño jurídico estableciendo que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. Ese daño puede ser ejecutado en contra de la persona, su patrimonio o comprender un derecho de incidencia colectiva.

El daño jurídico lato sensu comprende la lesión de un interés lícito tanto patrimonial como extrapatrimonial y el daño jurídico stricto sensu comprende la producción de consecuencias en el espíritu o en el patrimonio de la persona.

De esta manera, se comprende que el daño será aquello que el ordenamiento jurídico reconozca como tal. Para que un fenómeno se considere como daño deberá tener una calificación jurídica previa. De esta manera, se previene el reclamo por cualquier episodio negativa que le ocurra a la persona⁵⁴.

⁵⁴ HERRERA, CARAMELO Y PICASSO. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014.

Mientras que el principio *Alterum non Ledere*⁵⁵ significa que se deberá reparar cada daño que indique el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se requiere la presencia de un hecho antijurídico que comprenda la violación de normas protectoras de intereses. Así, la ilicitud tendrá lugar cada vez que se cause algún daño⁵⁶.

Daño es en esencia, la lesión a intereses o bienes protegidos previamente mediante normas jurídicas. Y si esto es así, entonces, "daño" siempre significará estar violentando esas normas protectoras y, en definitiva, contradiciendo el orden legal.

Llegados a este punto, daño y violación del ordenamiento serán sinónimos y, admitido esto, la ilicitud deja virtualmente de ser un requisito autónomo de la responsabilidad civil⁵⁷.

Los daños que el derecho reconoce son variados, de hecho, muchos de estos daños no se ven siquiera en el mundo físico, sino que son daños internos y psíquicos que solo la persona afectada puede expresar que existen a ciencia cierta, dentro de lo que es la medicina legal, distintos son los daños que se reconocen dentro de los que pudiera sufrir una persona por el mal actuar de otra persona, sobre estos daños el Dr. Pérez Dávila los enumera de esta manera:

a) Daño Moral; b) Daño Emergente; c) Daño por Lucro Cesante; d) Daño por Pérdida de Chances; e) Daño Ambiental; f) Daño Biológico; g) Daño Social.

Los daños valorados, desde el aspecto médico, son: a) Daño Físico (incluye lo anatómico y lo funcional); b) Daño Estético; c) Daño Psíquico.⁵⁸

Entonces, el daño moral puede definirse como el desmedro, desconsideración o cualquier otra dificultad o molestia que puede ser consecuencia del hecho perjudicial. Comprende el conjunto de lesiones a un interés extrapatrimonial que genera alteraciones desfavorables en las capacidades de sentir, querer, entender⁵⁹. Como el daño moral comprende la afectación de derechos esenciales de la persona, no resulta mensurable y

⁵⁵ ARTICULO 1716 CCyC. - "...La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código."

⁵⁶ CS, 5/8/86, "Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625

⁵⁷ DIEZ-PICAZO, L. Derecho de daños, Madrid: Civitas, 2000.

⁵⁸ PÉREZ DÁVILA, L. A. Utilización y practicidad de los baremos. Aspectos que dificultan su legitimidad. Buenos Aires: La Ley, 2009, p.2.

⁵⁹ BOSCH MADARIAGA, A. Filiación-daños: falta de reconocimiento. 2015. Cita Online AR/DOC/1334/2015.

no se busca la restitución del estado de situación antes de que se haya configurado el daño.

Coincidiendo con esta distinción Díez-Picazo y Gullón definen al daño moral de la siguiente manera: *“bajo la denominación de daño moral se comprende la lesión o violación de bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales, y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio.”* Y Santos Briz definía a los daños patrimoniales y no patrimoniales de la siguiente manera: *“Son daños patrimoniales los que producen un menoscabo valorable en dinero sobre intereses patrimoniales del perjudicado. Daños no patrimoniales son en principio aquellos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria.”*⁶⁰

En esta manera, Martín-Casals y Solé Feliú afirmaron:

(...) una primera aproximación conduce a dar una definición negativa de daño moral. Daño moral es, así, el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente, con referencia a un valor de mercado. Sin embargo, los supuestos que caen dentro de esa categoría son muy variados, de forma que el daño moral cubre situaciones tan distintas como el daño a la integridad física, el perjuicio psíquico, (...), la aflicción, la ansiedad, el temor, la angustia, la pérdida de confort, etc⁶¹.

El ámbito psico-afectivo es aquel que más se encuentra relacionado con el daño moral y engloba sufrimientos físicos, molestias, incomodidad o perturbaciones de la tranquilidad. Por último, se pueden citar otros derechos de inclusión novedosa en la clasificación de las afectaciones morales. Entre estos, se pueden mencionar los denominados *pretium doloris*, el perjuicio estético, el perjuicio de afecto y la pérdida de agrado. El *pretium doloris* pretende compensar los malos ratos y las depresiones que el daño produce a la salud.

⁶⁰ SANTOS BRIZ, J.: “Comentario al art. 1902 del CC.” En ALBADALEJO, M Y DIEZ ALABART, S (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XXIV, Edersa, Madrid, cfr. 167.

⁶¹ MARTÍN –CASALS, M. Y SOLÉ FELIÚ J.: “El daño moral”, en CAMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, cfr. 857 Y 858, 2003.

Cuando se trata de realizar la cuantificación del daño moral, la misma no puede realizarse de manera exacta y en base a criterios objetivos. Los daños morales se caracterizan por la imposibilidad de identificación con un *quantum* económico. Cuando se fija la indemnización ante el daño moral, su cuantificación no puede realizarse bajo criterios económicos y su evaluación posee un alto componente subjetivo con respecto al valor del padecimiento humano en las distintas situaciones de la vida.

Otro problema que genera la cuantificación del daño es el hecho de que siempre la indemnización resulta ser inferior al daño ocasionado debido a que los daños extrapatrimoniales se caracterizan por la ausencia de correspondencia pecuniaria objetiva. Al respecto Gómez Pomar lo explica de la siguiente manera:

Los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida: a) El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero. b) El daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar⁶².

Sin importar cuál es la naturaleza del daño, es menester determinar el daño en cuanto a su valor y a la pretensión de resarcimiento en cada caso concreto, atendiendo siempre al principio de reparación íntegra.

Así, la indemnización del daño moral rompe con el principio que determina que se debe compensar a la víctima con un equivalente al daño ocasionado. Por lo tanto, con respecto al daño moral se debe recurrir a otros criterios que fijen hasta dónde ha de alcanzar el resarcimiento.

Como se puede observar, la postura a favor de la indemnización monetaria en los casos de daño moral se sostiene sobre la base de que la indemnización es la única vía posible para reparar el daño ya que la reparación in natura es prácticamente imposible en estos casos. Se sabe que el dinero no puede lograr que la persona logre volver al mismo estado anterior al daño, pero, éste puede proporcionar al dañado la posibilidad de disfrute de otros objetos funcionando como un alivio al daño sufrido. De esta manera, es considerado por Martorell Zulueta:

⁶²GÓMEZ POMAR, F.: Daño moral, *Indret* 1/00 cft. pág. 1 y 2.

(...) los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, pero no por eso dejan de ser indemnizables, dado que actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, en este ámbito la indemnización al menos palía el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afección y ofensa que se implantó.⁶³

Esta postura contraria al resarcimiento monetario, centra su postura en el hecho de que el principio de resarcimiento determina que debe existir una relación de equivalencia entre el valor del bien dañado y el monto que se entrega en concepto de indemnización. Situación que no puede realizarse plenamente ya que es imposible realizar dicha equivalencia cuando se trata de daños patrimoniales.

Hasta aquí se ha podido comprobar la dificultad de valorar el daño moral y de conseguir una reparación de forma específica. Entonces, la solución resulta optar por un resarcimiento pecuniario que a pesar de que no puede conseguir restablecer el estado anterior, permite aliviar de alguna manera el sufrimiento. El tema es que las dificultades en la valoración nunca deben ser un obstáculo para lograr la reparación integral de los daños.

(...) mientras que en el daño patrimonial la valuación se averigua mediante un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa “en lugar” del perjuicio, en el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca “a su lado”. No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos)⁶⁴

Otro obstáculo a enfrentar con respecto al daño moral es el quantum indemnizatorio. Los órganos judiciales son los encargados de establecer el quantum, es parte de la discrecionalidad asignada a los jueces. Entonces, es posible encontrar diferencias

⁶³MARTORELL ZULUETA, P. (coord.): Código Civil, jurisprudencia sistematizada, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 1221, 2011.

⁶⁴cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Cuánto por daño moral”, La Ley, 1998-E, 1057.

considerables en la cuantía de las indemnizaciones ante hechos con similares características.

Por su parte el daño material, comprende el menoscabo que alguien sufre susceptible de apreciación pecuniaria. A diferencia del daño moral, su carácter resarcitorio debe ser probado. En primer lugar, debe probarse la existencia del daño el cual debe ser personal, afectar un interés legítimo y debe existir relación causal con el hecho que se imputa. Los medios de prueba son amplios y el juez posee amplitud discrecional para establecer el monto sobre la base de la prueba producida.

El lucro cesante puede ser definido como la pérdida como consecuencia de la imposibilidad de realizar determinada actividad o eventualmente su merma producida por el hecho dañoso.

En cambio, la pérdida de chance se presenta cuando se frustra la oportunidad de obtener un beneficio o de evitar el deterioro patrimonial o espiritual. Lo frustrado no comprende el beneficio que hubiera razonablemente obtenido el damnificado de no haber sucedido el hecho que produjo la lesión sino la mera probabilidad de lograrlo⁶⁵.

El daño debe ser cierto y en la pérdida de chance también se toman en cuenta las frustraciones de mejoras. Lo indemnizable es la chance y no la posibilidad de mejoras o la obtención de una ganancia. Entonces, el juez para determinar el monto indemnizable deberá tener en cuenta los siguientes aspectos:

- 1) la situación de la víctima si la chance se hubiese producido
- 2) La chance en sí misma, teniendo en cuenta su posibilidad de ser reversible o irreversible.
- 3) El monto que le hubiese correspondido al damnificado de haberse producido la chance⁶⁶.

La diferencia entre el lucro cesante y la pérdida de chance es que el lucro cesante comprende la pérdida de ganancia cierta; mientras que la pérdida de chance comprende la pérdida de ganancia probable. “En el lucro cesante, está la convicción casi absoluta

⁶⁵BOSCH MADARIAGA, A. Filiación-daños: falta de reconocimiento. 2015. Cita Online AR/DOC/1334/2015.

⁶⁶ BOSCH MADARIAGA, Op.Cit. p. 43.

de que cierta ganancia se produzca, en la pérdida de chance existe un alea que disminuye las posibilidades de obtenerla⁶⁷.”

El daño psíquico comprende la perturbación patológica que puede ser transitoria o permanente y comprende una alteración del equilibrio espiritual persistente producida por un hecho ilícito. Debido a ello, quien la padece posee la posibilidad de reclamar una indemnización por ese concepto.

Existen dos posturas bien definidas con respecto a la indemnización del daño psíquico. La primera de las posturas establece la autonomía indemnizatoria del daño psíquico debido a que es considerado como daño patrimonial indirecto e integra el concepto de incapacidad. Mientras que la segunda postura, establece que el daño psíquico no debe ser considerado como un concepto autónomo ya que si genera incapacidad constituye un daño patrimonial indirecto y si no genera incapacidad deberá ser considerado dentro del daño moral.

En muchas ocasiones y debido a las características de la lesión, se exige el reconocimiento de la autonomía conceptual del daño psíquico, aunque ello no signifique un rubro compensatorio más, sino que debe ser comprendido dentro del rubro incapacidad.

La disminución en las aptitudes psíquicas de manera permanente debe ser indemnizada, para ello debe apreciarse sobre la base de pautas razonables encuadradas dentro de la normalidad de toda persona.

El perito psicólogo con sus conclusiones volcadas en el dictamen puede establecer si una incapacidad psicológica tiene relación causal con la falta de reconocimiento.

Así el perito cumple un papel medular en este rubro dado que se necesita de todo el rigor científico que permitirá establecer la existencia de un daño y su quantum.

Resulta necesaria la terapia psicológica, que apunta a los aspectos reversibles de las afecciones como así también de los paliativos de las secuelas no modificables y a la perención de ulteriores deterioros⁶⁸.

El principio de reparación plena

⁶⁷ BOSCH MADARIAGA, Op.Cit. p.p. 43 y 44.

⁶⁸ BOSCH MADARIAGA, Op.Cit. p. 44.

La Corte Suprema en distintos fallos ya se había pronunciado con respecto a este principio que posee raigambre constitucional y se basa en el principio de no dañar del artículo 19 de la Constitución Nacional. Este principio comprende la relación entre el daño y la reparación.

Justamente, en el caso Aquino, la Corte Suprema de Justicia afirmó que resulta inconstitucional aquella indemnización que no es plena: “si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida (...) Más aún, la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable⁶⁹”

Así, de acuerdo a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, para alcanzar una reparación plena es necesario: indemnizar no sólo las consecuencias patrimoniales (daño material, lucro cesante y pérdida de chance) sino también las consecuencias no patrimoniales (daño moral).

También en el Código Civil y Comercial de la Nación que concreta la constitucionalización del derecho privado, estipula en el artículo 1740 que la reparación del daño debe ser plena. Esa reparación consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso sea por el pago en dinero o en especie.

Con respecto al daño moral, como ya se había expuesto anteriormente, la reparación no comprende un resarcimiento en sentido estricto, sino que funciona como una compensación a quien fue herido en su fuero íntimo. Por lo tanto, no existen parámetros para determinar el quantum y la compensación monetaria debe inferir el juez a partir de las circunstancias comprobadas en la causa. Entonces, la cuantía depende de la discrecionalidad del juez que debe encontrar la solución más equitativa que, evite, por un lado, el enriquecimiento ilícito y, por el otro, que el quantum no termine comportando una mera reparación simbólica a favor del demandado.

Según Galdós (2015), es la compensación o precio del consuelo que intenta confortar el padecimiento con bienes factibles de poder consolarlo. Además, la indemnización por daño moral no se debe realizar en función de la propia percepción que posee la víctima al respecto sino en función de la constatación y la evaluación objetiva de los jueces con respecto a lo reclamado.

⁶⁹Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/09/2004, “*Isacio Aquino c/ Cargo Servicios Industriales SA*” Publicado en: JA 2004-IV-16. Cita Online LaLey: 20043223

Así, de acuerdo al análisis de la jurisprudencia, se suele tomar como parámetro para determinar el quantum los siguientes factores: la edad del no reconocido; la actitud del no reconociente en el proceso, el daño psicológico producido, la situación social de las partes, la asistencia a la escuela del no reconocido y la personalidad del damnificado.

En conclusión, la responsabilidad deviene luego del incumplimiento de la obligación. Como ya dijimos anteriormente, no basta con la mera omisión de reconocimiento para generar responsabilidad ya que se deben cumplir con todos los presupuestos que obligan a indemnizar.

Entonces, en el ámbito de la responsabilidad civil se toman en cuenta ciertos elementos o presupuestos como condición para el nacimiento de la obligación de reparar. Estos elementos son: el daño; la antijuricidad; el nexo causal y el factor de atribución.

El daño es definido como la ofensa o lesión un interés legítimo y hemos podido comprobar que el derecho toma en cuenta una diversidad de daños: Daño Moral; Daño Emergente; Daño por Lucro Cesante; Daño por Pérdida de Chances; Daño Ambiental; Daño Biológico; Daño Social. Los daños valorados, desde el aspecto médico: Daño Físico (incluye lo anatómico y lo funcional); Daño Estético; Daño Psíquico.

Por su parte, la antijuricidad es definida como la presencia de un hecho ilícito o contrario al ordenamiento jurídico causante del daño. Y, la relación de causalidad refiere a la necesaria conexión fáctica entre la acción humana y el resultado dañoso producido. Mientras que el factor de atribución es definido como el elemento valorativo en virtud del cual se dispone la imputación o la atribución. Así, el ordenamiento jurídico toma en cuenta el factor de atribución subjetivo basado en el dolo o intención de cometer el hecho o la culpa en el actuar por negligencia, impericia o imprudencia y el factor de atribución objetivo en donde la imputación prescinde de la idea de culpabilidad. Dentro del marco de la responsabilidad civil se toman en cuenta tres posibles eximentes: el caso fortuito; la culpa de la víctima y los hechos de un tercero.

Con respecto al daño moral, es el ámbito psico-afectivo de la persona el que se ve lesionado. Este daño se lo puede definir como la afectación de derechos esenciales de la persona que no posee una correspondencia pecuniaria objetiva ya que no comprende la afectación del patrimonio. Por lo tanto, resulta compleja la identificación de un quantum económico que queda sujeto a la discrecionalidad del juez.

En el caso del daño por no reconocimiento familiar se toman en cuenta ciertos parámetros para poder definir el quantum tales como: la edad del no reconocido; la actitud del demandado; el daño psicológico producido y la situación económica y social de las partes.

Entonces, aunque es difícil determinar el quantum no puede dejarse de lado la reparación de este tipo de lesiones ya que en nuestro país rige el principio de reparación plena el cual es de raigambre constitucional. Ello implica la exigencia de reparar tanto las consecuencias patrimoniales como las consecuencias no patrimoniales derivadas del daño ocasionado a una persona.

Para comenzar, se abordan los presupuestos de la responsabilidad civil que se configuran, como ya se explicó, con el daño resarcible tanto material como moral, la antijuridicidad material y formal, el factor de atribución y el nexo de causalidad.

El artículo 1737 del CCCN establece que 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 colectiva.

El derecho o interés que se lesiona con la falta de reconocimiento se trata de una lesión a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal al negarse el estado de familia de hijo.

Es necesario poner de manifiesto que toda persona humana posee derecho subjetivo, constitucional y supranacional, a determinar y conocer su propia identidad y a tener una filiación, es decir, a quedar emplazado en el estado de familia de hijo que le corresponde.

Por lo tanto, la falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, que puede ser patrimonial o no patrimonial y que no se exime por estar comprendido en las relaciones de familia.

Con respecto al daño patrimonial está determinado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Se ha explicado en el trabajo que estas carencias no necesariamente se producen ante la falta de reconocimiento y por lo tanto corresponde resarcirlo sólo en caso de probarse que la ausencia de reconocimiento ocasionó un marcado detrimento de las condiciones de desarrollo económico del sujeto no reconocido.

En lo atinente a las consecuencias no patrimoniales (daño moral) es factible reclamarlas aun cuando la progenitora haya cubierto las necesidades alimentarias del hijo no reconocido toda vez que estas consecuencias no patrimoniales implican el resarcimiento de los sufrimientos psicológicos y anímicos del no reconocido. Es, en definitiva, intentar colocar un precio al consuelo mediante satisfacciones sustitutivas o compensatorias.

En cuanto a la antijuridicidad, el CCCN la regula en el art.1717 expresando que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada para establecer en el artículo siguiente que sólo está justificado el hecho que causa un daño en legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio regular de un derecho.

Si bien no se ha incorporado expresamente en el CCCN el deber de reconocer, se debe concluir que existe el deber legal de reconocer al hijo y que no se trata de una facultad meramente potestativa. Puede sostenerse incluso que la omisión aludida constituye el ejercicio abusivo de un derecho y por lo tanto un acto ilícito

Con respecto al factor de atribución debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpa del autor por lo tanto ninguna importancia tiene determinar si la actitud del progenitor puede calificarse de dolosa o culposa. Por lo tanto la responsabilidad del progenitor es objetiva y solo puede liberarse demostrando causa ajena o mediante las eximentes de responsabilidad (Hecho del damnificado, caso fortuito ó hecho de un tercero por quien no debe responder)

Por último, conforme lo establece el CCCN de manera expresa, debe existir una adecuada relación de causalidad entre la falta de reconocimiento y el daño reclamado de modo tal que se pueda afirmar que la falta de reconocimiento ha actuado como factor suficiente para la consumación del daño.

5. El daño por no reconocimiento filial en el Código velezano.

En este capítulo, el análisis se centrará en el tratamiento que se dispensaba al no reconocimiento filial en el código velezano. Para ello, se analizarán aquellos artículos a partir de los cuales se habilita el derecho a reclamar el reconocimiento como aquellos artículos que impedían u obstaculizaban dicho proceso.

Solari⁷⁰, advierte que ya antes de las modificaciones en derecho de familia aportadas por el Código Civil y Comercial de la Nación, se podía deducir la falta de reconocimiento del hijo propio como un hecho ilícito ya que el artículo 3296 bis del C.C. comprendía como indigno suceder al hijo que no se había sido reconocido voluntariamente durante su minoría de edad.⁷¹ Esta sanción prevista por el código implicó sostener el carácter antijurídico de la omisión del reconocimiento voluntario. Entonces, de a poco, desde la jurisprudencia se fue abriendo paso a una tendencia hacia el resarcimiento que es el que impera definitivamente en la actualidad.

Entonces, el carácter de obligación legal del reconocimiento dio paso al derecho al resarcimiento del daño moral por la falta de reconocimiento. El derecho surge del principio de no dañar a otro que surgía de los artículos 19 de la Constitución y los artículos 1109 y 1113 del Código Civil velezano. Además, la ley no amparaba el ejercicio abusivo de los derechos según el artículo 1071 del C.C. Por otro lado, la ilicitud se desprendía de la concesión de una acción para reclamar la filiación extramatrimonial del artículo 247 C.C. y de la existencia de una causal de indignidad para suceder al hijo que no había sido reconocido voluntariamente de acuerdo a los dispuesto por el artículo 3.296 bis del C.C. derogado⁷².

Con respecto a la legitimación activa para reclamar daño moral, el artículo 1078 del Código Civil disponía con respecto a la responsabilidad extracontractual que tenía legitimación sólo el damnificado directo y sólo si acaecía la muerte de la víctima se otorgaba la posibilidad de acción a los herederos forzosos

De esta manera se cercenaba la autonomía de la madre ya que este artículo 1078 impedía la legitimación de la madre para reclamar el daño moral. A ello, había que sumarle la posición doctrinal que afirmaba que la madre carecía de derecho a demandar indemnización por daño moral contra el padre ya que la acción tiene como único titular al damnificado directo que es el hijo.

⁷⁰ SOLARI, N.E. Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento del hijo. Su recepción en el Proyecto de Reforma. 2013. Cita Online: AR/DOC/3866/2013.

⁷¹ Art. 3296 bis C.C. - “Es indigno de sucedere al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya pasado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.”

⁷² JALIL, J.E. Daños derivados de la omisión de reconocimiento del padre en el Código Civil y Comercial. 2017. Cita Online: AR/DOC/599/2017.

El criterio era diferente en el caso del daño material ya que en el artículo 1079 establecía que podía ser reclamado por aquel lesionado directamente y también por toda persona que por él hubiese sufrido, aunque haya sido de manera indirecta.

Entonces, de acuerdo a lo expuesto, para reparar el daño moral se debía distinguir los damnificados directos de los indirectos. Y, así reconocer el derecho exclusivamente a los primeros salvo en casos de excepción estipulados por ley.

Otra cuestión propia del Código civil derogado, es la prohibición que se le imponía al padre biológico de reconocer a su hijo si éste ya había sido registrado como hijo matrimonial de otra persona. Se trataba del artículo 259 del C.C. el cual establecía las personas que tenían la posibilidad de impugnar la paternidad y no incluía terceros con un interés particular. Parte de la doctrina se inclinaba hacia una interpretación taxativa del artículo 259 del C.C. afirmando que no se violaba el derecho a la identidad del hijo ya que este siempre gozaría de la facultad de impugnación de la paternidad reconocida. Mientras que otros se inclinaban por la inconstitucionalidad del artículo ya que el carácter cerrado del artículo obstaculizaba el derecho a la identidad del menor. El problema era que el artículo 259 funcionaba como causa de justificación del daño por no reconocimiento del hijo.

Jalil⁷³ advierte que, durante la vigencia del Código velezano, la jurisprudencia aplicó los principios generales sobre responsabilidad comportando un avance en la reparación integral por desconocimiento filiatorio. El famoso fallo de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro de 1988 comprendió un *leading case* en el tema. Luego de esta sentencia, los tribunales de Capital Federal ratificaron en el año 1989 la reparación por daños por desconocimiento filial.

A ello, había que sumar el hecho de que, desde la reforma constitucional de 1994, el derecho del niño a ser reconocido poseía protección constitucional, tal como lo expresa la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 7 en donde se establece el derecho del niño a conocer en la medida de lo posible a sus padres biológicos y en el artículo 8 se establecen los deberes de los Estados a respetar y preservar la identidad y las relaciones familiares de los niños.

⁷³JALIL, Op.Cit.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en su artículo 18 establece el derecho de toda persona a tener el apellido de sus padres o el de uno de ellos.

También dentro de los tratados con jerarquía constitucional se consagra la igualdad de los hijos y la ley debe establecer la igualdad de derechos tanto de los hijos nacidos fuera del matrimonio como los nacidos dentro del mismo. Por lo tanto, las medidas de protección y asistencia deben llevarse adelante sin discriminar por cuestiones de filiación o por cualquier otra razón y los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la Convención.

En conclusión, el Código Civil velezano impedía al progenitor que en vida no había reconocido al hijo, sucederlo luego de su fallecimiento. De ello, se deducía que el reconocimiento debía ser interpretado como un acto obligatorio. Por su parte, el resarcimiento del daño moral por falta de reconocimiento surgía del principio de no dañar a otro de acuerdo con los artículos 1109 y 113 del Código Civil de Vélez.

Así, teniendo en cuenta estos artículos y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional se podía reclamar la indemnización por daño moral por no reconocimiento filial. Sin embargo, existían dos artículos que generaban ciertas controversias. Uno de ellos era el artículo 1078 del CC que impedía a la madre su autonomía de reclamar el daño moral. Otro de esos artículos era el 259 el cual imposibilitaba al padre biológico reconocer a su hijo o hija si el mismo ya había sido reconocido por otra persona ya que no se encontraba legitimado para reclamar la impugnación de la paternidad. De esa manera se genera un obstáculo a todos aquellos terceros interesados en impugnar la paternidad.

6. El daño en el derecho de familia

En este capítulo se abordará el daño dentro del derecho de familia estableciendo cuál es el hecho antijurídico, el tipo de daño y el factor de atribución que corresponde analizar en los casos de omisión del reconocimiento filial.

Volviendo a la controversia planteada por Medina⁷⁴, dentro de los principios generales se encuentra el principio de no dañar a otro. Mientras que el derecho de familia posee como principios: el principio de igualdad, de libertad, de solidaridad, de responsabilidad y de interés superior del menor. Y, los principios del derecho de la responsabilidad civil son el principio de prevención que comprende el deber de toda persona de evitar causar un daño no justificado y el principio de reparación el cual establece que toda persona tiene el deber de reparar el daño causado.

Así, relacionando estos principios se concluye que el actuar dañoso dentro de las relaciones familiares obliga a la reparación del daño causado. En el aspecto interno del derecho de familia Medina establece los siguientes posibles daños: “daños producidos por el divorcio; daños por la nulidad de matrimonio; daños producidos por la violencia doméstica; daños producidos por la ruptura de esponsales o de las uniones de hecho y daños producidos por la falta de reconocimiento de hijos y daños por impedimento de comunicación con los hijos ⁷⁵.”

Justamente el tema que nos ocupa es el daño por la omisión de reconocimiento de los hijos. En principio, se debe admitir que el reconocimiento no se configura como un mero acto de poder familiar sino como un deber de los progenitores. Según Solari⁷⁶, el reconocimiento de un hijo es un derecho-deber. Es por ello, que el no reconocimiento voluntario de un hijo es considerado como antijurídico. Ya desde la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional en el año 1994, resulta ineludible que la violación al derecho a la identidad es un daño resarcible.

En el caso del reconocimiento de filiación colisiona el reconocimiento voluntario con la obligación legal de llevarlo a cabo. Existe un derecho de parte del hijo de obtener un emplazamiento familiar. Por lo tanto, existe el deber de parte del progenitor de reconocerlo y es deber del Ministerio Público garantizar la determinación de la paternidad y lograr el reconocimiento del hijo por parte del presunto padre⁷⁷.

Como el niño tiene el derecho constitucional a ser reconocido, el reconocimiento de un niño, aunque sea una iniciativa privada no queda al libre arbitrio del reconociente. Entonces, el progenitor tiene el deber que le impone un fuerte despliegue de la voluntad la cual debe concretarse en actos suficientemente de vigor y firmeza con el objeto de

⁷⁴ MEDINA, Op.Cit, 2015.

⁷⁵ MEDINA, 2015, Op.Cit. p. 2

⁷⁶ SOLARI, 2013, Op.Cit.

⁷⁷ JALIL, Op.Cit.

obtener la certeza de la paternidad o el emplazamiento del niño. Las excusas en este sentido son inadmisibles.

Entonces, el reconocimiento es un acto voluntario unilateral. Pero no es una mera potestad del progenitor ya que el niño tiene el derecho expreso a ser reconocido por el progenitor el cual no se encuentra facultado a omitir tal conducta y si lo hace, deberá resarcir por los daños que dicha omisión pudiera causar⁷⁸.

La filiación y el apellido son atributos de la personalidad. El orden jurídico procura su concordancia con el orden biológico y aquel que no reconoce voluntariamente a su hijo se encuentra violando un deber jurídico. Entonces, resulta responsable por los daños ocasionados a aquel que tenía el derecho a ser emplazado en el estado de familia respectiva. El daño comprende el impedimento por no ejercer el goce y los derechos derivados del estado de familia.

Según Jalil, el deber de resarcir se determina teniendo en cuenta la hermenéutica de los artículos 52, 582, 1716, 1721, 1726, 1737, 1738, 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El recorrido dispuesto por Jalil comienza con el artículo 52 del Código Civil y Comercial de la Nación el cual establece que la persona que vea lesionada su intimidad personal, honra, reputación, imagen o identidad puede reclamar la prevención y la reparación por los daños sufridos. Mientras que el artículo 582 establece el derecho de toda persona de reclamar su filiación matrimonial o extramatrimonial según corresponda contra sus progenitores. Por su parte, el artículo 1716 establece el principio de non laedere y si se viola dicho principio existe la obligación de reparar el daño. Y, el artículo 1721 establece la existencia de un factor de atribución, mientras que el artículo 1726 establece la necesidad de la existencia de un nexo causal. Siguiendo con el camino dispuesto por Jalil, el artículo 1737 establece las características del daño resarcible y el artículo 1738 comprende los ítems indemnizables, mientras que el artículo 1741 comprende la indemnización de las consecuencias no patrimoniales⁷⁹.

Para que se pueda exigir la reparación debe existir una conducta ilícita (el acto de no reconocimiento) y que esa conducta produzca un daño (tanto patrimonial como extrapatrimonial) y un factor de atribución (la culpa). Además, es necesaria la existencia de un nexo causal entre el hecho y el daño. El daño comprende la violación de un

⁷⁸ JALIL, Op.Cit.

⁷⁹ JALIL, Op.Cit.

derecho contemplado en el ordenamiento jurídico (en este caso, el derecho a la identidad). De esta manera, se comprueba la posibilidad de aplicar los principios de la responsabilidad civil en las cuestiones por no reconocimiento filial. Inclusive el primer fallo dictado en el país sobre responsabilidad por daños derivados del derecho de familia fue el daño por el no reconocimiento voluntario de hijos. Sentencia favorable antes que mediara algún texto expreso en Código Civil. Sin embargo, anteriormente, existían ciertas posiciones doctrinarias contrarias que establecían que el juicio por daños lo único que provocaba era acrecentar el conflicto e impedía al padre acercarse espontáneamente para tener una relación filial con su hijo.

En muchas ocasiones se establecía la falta de presupuesto de antijuricidad, ya que se afirmaba que la ausencia de acompañamiento y apoyo en la crianza de los niños que solo nace del afecto no es una conducta que resulte reprochada por el ordenamiento jurídico.

En esa sentencia de alzada que confirmó el decisorio de primera instancia, del año 1988, que tuvo lugar en la provincia de Buenos Aires en el departamento judicial de San Isidro, se admitió la procedencia del resarcimiento por daños y perjuicios en virtud de que el demandado no había reconocido voluntariamente a su hijo⁸⁰.

Así, la aplicación del sistema de responsabilidad civil a cuestiones de familia fue evolucionando desde la negación hasta su definitiva afirmación y aplicación efectiva:

El reconocimiento del sistema sobre responsabilidad civil por daños ante situaciones propias del derecho de familia ha evolucionado desde su negación fundamentada en su naturaleza y particularidades propias con instituciones consideradas incompatibles con dicha responsabilidad civil, para avanzar hacia un criterio afirmativo que admite su aplicación. Esta última tendencia se ha impuesto y prevalece el criterio de resarcir el daño por ilícito familiar, entendiendo que la existencia de una ley especial sobre las instituciones familiares no es incompatible con las normas sobre responsabilidad aquiliana. Ello en la medida que se cumplan los supuestos de su procedencia, que son la antijuridicidad, el daño, el nexo

⁸⁰C.Apel. Civil y Comercial San Isidro, sala I, 13/10/1988, LA LEY, 1989-E, 563 y ED, 172-473

causal y el factor de atribución, en el caso subjetivo basado en la culpa o dolo⁸¹.

El conflicto fue resuelto en el Código Civil y Comercial de la Nación que en su artículo 587 establece que, si se reúnen los requisitos previstos en cuanto a responsabilidad civil, es reparable el daño causado al hijo por falta de reconocimiento⁸².

Entonces, el reconocimiento de un hijo no es discrecional y el hecho antijurídico se encuentra configurado por la falta de reconocimiento espontáneo. Y, como todo hecho ilícito genera responsabilidad civil entonces, corresponde la determinación de una indemnización.

Según Solari⁸³, la recepción en el Código Civil y Comercial comprendió una remisión a las normas generales de la responsabilidad civil y no se efectuó un desarrollo específico de los daños en materia de filiación. Ello hubiera sido conveniente debido a las diversas interpretaciones y conflictos que habían surgido en la práctica judicial. Entonces se puede advertir que los precedentes jurisprudenciales son ricos en comparación a la norma del Código Civil y Comercial de la Nación:

Por lo tanto, tal como puede advertirse, el tratamiento dedicado a las consecuencias de la omisión del reconocimiento paterno, en materia de daños y perjuicios, ha sido escueto, teniendo en consideración las múltiples situaciones y variantes que se han presentado en la jurisprudencia argentina. La norma proyectada debería haber recogido las cuestiones jurisprudenciales existentes para abordar y desentrañar más profundamente las probables soluciones ante dichos planteos⁸⁴.

Para Gregorini Clusellas, el daño por reconocimiento filial es un daño moral. Como tal es autónomo, es decir, diferenciable del daño patrimonial y es resarcible. Por lo tanto, requiere de la existencia de un daño y de los otros supuestos de la responsabilidad civil. Y, su factor de atribución es necesariamente subjetivo⁸⁵.

⁸¹ GREGORINI CLUSELLAS, E.L. La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente. Daño moral de la hija y la madre ante la negativa de filiación del padre, 2014, On line AR/DOC/1266/2014, p. 16.

⁸² CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, art. 587.- Reparación del daño causado. - El daño causado al hijo por falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo I del Título V de Libro Tercero de este Código.

⁸³ SOLARI, Op.Cit.

⁸⁴ SOLARI, Op.Cit., p. 21.

⁸⁵ GREGORINI CLUSELLAS, E.L, 2014, Op.Cit.

Para que exista resarcimiento se requiere la prueba de que el supuesto padre sabía o debía saber de la paternidad que se le atribuye. El reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo y el negarse a realizarlo de manera infundada, injusta o arbitraria constituye una conducta antijurídica. En cambio, el reclamo es inviable cuando la persona ignoraba su paternidad.

Siguiendo los presupuestos de la responsabilidad civil por daños, se requiere la existencia de un menoscabo cierto y preciso. Omitir reconocer al hijo implica la violación de un derecho personalísimo y ello legitima la reparación por daño moral. Al carecer de la figura paterna, no pudiendo gozar del emplazamiento ni de tener el apellido del padre, el niño se encuentra en una situación de inferioridad cierta y visible. El daño extrapatrimonial se puede agravar por circunstancias específicas que tienen que ver con la falta de reconocimiento, tales como las relaciones incestuosas y parentales.

Con respecto a la prueba del daño, se admite en cuestiones de familia el testimonio de parientes y allegados de las partes. Ello es así debido a que se considera que las personas más allegadas son las que tienen mejor conocimiento de los hechos. Pero el juez puede descalificar su testimonio si comprueba que favorecen a una de las partes o se sospecha de su parcialidad. Además, la apreciación de la prueba testimonial debe realizarse con un criterio amplio ya que las relaciones carnales se presuponen que se llevan a cabo en la intimidad. En estos casos la prueba es fundamental para establecer la existencia de la transgresión y por supuesto, la existencia del daño.

Como ya dijimos, la responsabilidad subjetiva es el factor de atribución aplicable. Por lo tanto, se debe comprobar la presencia de culpa o dolo ya que constituyen los factores determinantes para atribuir responsabilidad civil. Por lo tanto, si el progenitor ha tomado conocimiento del nacimiento del niño que fue fruto de una relación no estable, omitir efectuar las acciones pertinentes para constatar o descartar el nexo biológico constituye una conducta dolosa. Entonces, a los fines del reclamo de daños y perjuicios, el obrar del supuesto progenitor debe ser doloso o culposo y si esta persona ignoraba su paternidad la acción no debe prosperar. Así, la mera falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no genera per se responsabilidad civil ya que se requiere que, en principio, la negativa haya sido injustificada. Si el padre tomó conocimiento de su posible paternidad a través de una carta documento cursada antes de la promoción de la acción de filiación y éste, una vez anoticiado, se sometió

voluntariamente a la realización de las pruebas genéticas, no se le puede atribuir una negativa al acto de reconocimiento.

La ausencia del elemento subjetivo que constituye el factor de atribución exhime de responsabilidad al progenitor. Pero el factor subjetivo de atribución se considera configurado cuando los hechos acaecieron en una población reducida y fueron públicos y notorios.

Otro tema controvertido es la determinación de la procedencia y el cálculo del perjuicio material. Una de las cuestiones a considerar son las carencias materiales que le produjo al hijo la falta del padre. Así, si el progenitor que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se encuentra en una situación de pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderoso, se estima una reparación material teniendo en cuenta los padecimientos materiales que podría haberse ahorrado si se lo hubiera reconocido como corresponde.

Otra cuestión con respecto al quantum indemnizatorio es considerar la actitud procesal del demandado durante el juicio de filiación. La jurisprudencia ha admitido tener en cuenta la actitud procesal asumida por el progenitor que se niega a asumir su obligación parental al no contestar la demanda.

Para Jalil, la actitud renuente provoca el aumento de la indemnización debido a que se considera agravado el perjuicio causado al hijo mediante la desidia ante la averiguación de la verdad por parte del progenitor. Además, la actitud pasiva y el negarse a realizar las pruebas biológicas se toman como indicio en contra del progenitor. Se evalúa la actitud pasiva antes de la demanda y con posterioridad a ella ya que la renuencia en facilitar las medidas necesarias para determinar la filiación en tiempo oportuno se considera que agrava la situación de los hijos que buscan su reconocimiento.

También se toma en cuenta la pérdida de chance ya que el esfuerzo de un solo progenitor le cubrió al niño las necesidades mínimas y la falta de reconocimiento lo privó de la chance de una asistencia mejor. Por otro lado, el hecho de que progenitor que lo ha reconocido lo haya hecho suficientemente no desliga a la otra parte de sus obligaciones.

Muchas veces se niega los daños materiales sufridos por el menor alegando que como el progenitor reconociente le suministro alimentos el

niño no tuvo perjuicio. Esta negativa resulta injusta e injustificada porque nada tienen que ver los alimentos suministrados por uno de los padres con el daño sufrido por no haberlos recibido del otro, ya que por un lado, la actitud antijurídica le priva de una chance cierta y por el otro paradójicamente el "cumplimiento del responsable libera al irresponsable."⁸⁶

Justamente, el Código Civil y Comercial en su artículo 1740 establece que la reparación del daño debe ser plena.

También en el quantum indemnizatorio se toma en cuenta la incidencia de la concausa. La concausa se puede definir como una causa que actúa independientemente de la condición puesta por el agente. Las concausas pueden ser preexistentes o anteriores al hecho del agente, concomitantes que comprende la existencia de dos causas que actúan al mismo tiempo y pueden ser sobrevivientes las cuales son posteriores al hecho del agente.

Según Medina, el único aspecto por ver es el tema de la responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la maternidad ya que una de las obligaciones es preventiva por lo tanto toda persona tiene el deber de evitar un daño no justificado.

Para Jalil⁸⁷ la actitud omisiva de la madre puede ser fuente de responsabilidad autónoma o interpretarse como concausa en el resultado. De esa manera, se disminuye la responsabilidad del padre.

El ocultar la identidad real de un niño o niña comprende el incumplimiento al deber de no dañar a otro más en el supuesto en el que se engaña a la pareja y éste reconoce mediante una voluntad viciada a ese niño que no es en realidad su hijo. En este la omisión de la madre es autónoma.

Si la omisión de la madre se toma como concausa, en la cuantificación del daño debe tenerse en cuenta el tiempo que tardó la madre para instar la acción ya que contribuye con causalmente a la producción del daño. Sin embargo, ello no exime de responsabilidad al progenitor, sino que la omisión de la madre se toma como un factor que agrava el daño causado al hijo más aún si le ocultó al hijo la identidad de su padre.

⁸⁶ MEDINA, 2015, Op. Cit. p. 9.

⁸⁷ JALIL, Op.Cit.

En contraposición la actitud omisiva del hijo que demora largo tiempo en promover la demanda de filiación no puede utilizarse para justificar el rechazo del resarcimiento por daño moral. Pero ello, produce la disminución del daño ya que la demora en accionar actúa como concausa que participa en la producción de ese daño.

Con respecto al alcance de la indemnización, en estos casos, se indemnizan los sufrimientos, perturbaciones y aflicciones que se produjeron debido a la falta de conocimiento de la propia identidad, a la falta del ámbito de las relaciones humanas con respecto a ser hijo de un padre conocido. Se trata de indemnizar todas aquellas consecuencias directas de la conducta omisiva del padre descartando el desamor o carencia de afecto.

Al omitir el reconocimiento, se estaría violando una serie de derechos de raigambre constitucional tales como el derecho a la identidad, el derecho al apellido paterno, el derecho a gozar de un emplazamiento en el estado de familia. A ello, habría que sumarle las aflicciones y sufrimientos que padecen los niños, niñas y adolescentes durante largo tiempo por falta de reconocimiento paterno.

Para cuantificar el daño extrapatrimonial se debe computar desde que el demandado tuvo conocimiento de que era padre y no encontrando impedimento legal alguno para reconocerlo, no concurrió al Registro Civil. Atenúa el daño el desinterés de la madre que actúa como concausa y el posible trato ostensible de hijo que haya recibido el niño por parte del progenitor en alguna etapa de su vida.

Para la fijación del quantum se ponderan las satisfacciones sustitutivas que compensarían la lesión extrapatrimonial durante el crecimiento del niño. Los daños psicológicos carecen de autonomía indemnizatoria ya que integran el daño moral. Por lo tanto, si del dictamen pericial se comprueba el daño psicológico en el niño debido a la ausencia del padre, deberá considerarse acreditado el daño y es procedente el tratamiento psicológico.

La pérdida de chance se demuestra mediante la comprobación de las posibilidades ciertas y concretas de un mejor acceso a educación, capacitación y acrecimiento económico futuro si el padre hubiera reconocido al niño.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y a diferencia del anterior Código de Vélez, se legitima a la madre a reclamar por daño extrapatrimonial si se comprueba la afectación de un derecho personalísimo. Es decir, si del hecho resulta la

lesión a su dignidad, honor, nombre, honestidad, intimidad y afecciones legítimas. Como constituye un daño injusto entonces corresponde la reparación integral o plena de la víctima.

Entonces, la madre de un hijo extramatrimonial se encuentra legitimada a reclamar indemnización por daño extrapatrimonial si se comprueba que la demora en el reconocimiento le generó un daño moral o psíquico y si comprueba el maltrato sufrido por la humillación que implica la duda impuesta por el demandado⁸⁸.

Por lo tanto, ante el no reconocimiento voluntario se debe constatar la existencia del daño y cuáles son los ítems que se deben tenerse en cuenta para cuantificar el daño.

El artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación valora específicamente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. Así mismo, la lesión de un derecho personalísimo puede derivar en daño patrimonial o no patrimonial según el caso.

De acuerdo al sistema resarcitorio impuesto por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el daño patrimonial posee las siguientes categorías: el daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance. También se contempla el daño moral o no patrimonial que es indemnizable mediante satisfacciones sustitutivas y compensatorias.

Entonces, para cuantificar el monto resarcitorio por no reconocimiento filial se debe identificar cuál es el daño material investigando las carencias materiales que le produjo al hijo la falta del padre, más allá si las carencias pueden o no producirse.

También enmarcado dentro del daño material, se encuentra la pérdida de chance. Esta indemnización se contempla por ejemplo, cuando la madre con su esfuerzo cubrió las necesidades mínimas y se puede comprobar que con el aporte paterno el niño hubiera tenido la chance cierta de tener una mejor educación y un desarrollo, en consecuencia de una carrera laboral.

En muchos casos, el daño material es negado en los procesos judiciales alegando que no ha habido un perjuicio para el menor en su vida ya que la progenitora le suministró adecuadamente alimentos. Esto es a las claras injustificado ya que nada tiene que ver los alimentos suministrados por una de las partes con el daño ocasionado por no haberlos

⁸⁸ BLANCHARD, V. Daños por falta de reconocimiento de hijo. 2016 Cita on line: AR/DOC/1097/2016.

recibido de la otra parte. La actitud antijurídica priva al menor de una chance cierta y el cumplimiento del responsable no debe ser utilizada para liberar al irresponsable⁸⁹.

En este capítulo se ha podido comprobar que en el derecho de familia se tienen en cuenta una serie de daños que deben ser reparados. De acuerdo al derecho de familia, el reconocimiento es un derecho-deber. Es decir que, el reconocimiento voluntario colisiona con la obligación legal de llevarlo a cabo. También se ha podido identificar el sistema de responsabilidad civil a cuestiones de familia fue evolucionando desde su negación hasta su efectiva aplicación.

Ahora, el derecho a ser reconocido comprende un derecho constitucional y aunque sea una iniciativa privada no queda al libre arbitrio del reconociente. Así, como el reconocimiento de un hijo no es discrecional, el hecho antijurídico se configura mediante la omisión de reconocimiento espontáneo lo que da lugar a la reparación del daño causado. Y, en este caso, el factor de atribución es subjetivo. Se debe comprobar la presencia de dolo o culpa. Esta comprobación es de vital importancia ya que la ausencia de dolo o culpa, exime de responsabilidad al progenitor.

7. Análisis de la jurisprudencia referida al daño moral por falta de reconocimiento filial

Luego, de establecer las diferencias de tratamiento entre el Código de Vélez y el Código Civil y Comercial de la Nación con respecto a los daños derivados por la omisión de reconocimiento filial, debemos adentrarnos en el análisis de la jurisprudencia referida al caso que nos ocupa.

Para comenzar, es menester destacar que durante un tiempo considerable se negó, tanto desde la doctrina como desde los estrados judiciales, la posibilidad de reclamar daños emergentes de las relaciones de familia con sustento en que este tipo de indemnizaciones atentaban contra la armonía del núcleo familiar.

Sin embargo, en el año 1988, se abre la puerta a esta alternativa con el fallo “E., N. c. G., F. C. N s/Filiación extramatrimonial”¹ dictado por el Juzgado N° 9 en lo Civil y

⁸⁹MEDINA, Op.Cit.

Comercial de San Isidro que es considerado el leading case en la materia. A partir de dicho fallo de la Dra. Delma Cabrera se comenzaron a aceptar los reclamos indemnizatorios de hijos extramatrimoniales no reconocidos voluntariamente por sus progenitores. Ello con fundamento en los principios generales de responsabilidad civil en la medida que no existía ninguna norma especial que regulara la temática de la responsabilidad en las relaciones de familia en general ni tampoco una normativa especial relativa a la responsabilidad por la falta de reconocimiento de hijo.

La responsabilidad civil por la omisión de reconocimiento de un hijo como propio no varía con respecto a la existencia o no de matrimonio entre los progenitores. Existen deberes propios emergentes de la concepción que le son directamente imputables al padre. No se debaten las culpas en referencia a las circunstancias que rodean a la concepción ya que la demanda se basa en las consecuencias derivadas por el desprecio por parte del progenitor varón de sus obligaciones para con el hijo. Tampoco disminuye su responsabilidad el intervalo existente entre la concepción del niño y la demanda por filiación. Aunque la madre negara el acercamiento al padre ello, no lo libera de la culpa por no haber realizado el reconocimiento espontáneo respectivo según lo estableció la Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II el 1-3- 1994 en el caso “Ausfet Miscione, M.F. c/ Héctor Eugenio s/daños y perjuicios.”

Con respecto a sí la falta de reconocimiento filial genera responsabilidad civil y habilita a reclamar una indemnización por los daños sufridos, los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires fueron coincidentes siempre en admitir que la omisión de reconocimiento comprende un hecho ilícito que cumple con todos los elementos necesarios para configurar la responsabilidad por daños.

Ante los hijos, los padres tienen una serie de obligaciones y deberes que cumplir derivados de un conjunto de derechos de los hijos tales como la personalidad jurídica, el derecho a un nombre y el derecho a conocer su identidad. La violación u omisión de estos derechos genera la responsabilidad y por lo tanto el derecho del hijo a reclamar su estado de filiación⁹⁰.

Así, el fundamento de reparar se encuentra en las características del daño que es causa de un hecho ilícito debido a que la justicia debe amparar un conjunto de derechos personalísimos del hijo lesionado tales como el derecho al nombre y el derecho a

⁹⁰ SCBA, 10-11-1998, “D. M., R. c/ S., A. F. s/ Reclamación de estado de filiación”, DJBA 156, 29 - ED diario del 8-9-99, p. 9

conocer su identidad. La negativa a reconocer voluntariamente al hijo matrimonial es una conducta ilícita que genera la obligación de reparar el daño moral ocasionado⁹¹.

La Cámara Civil y Comercial de San Nicolás en una sentencia de 1999, estableció que, en estos casos, la acción por daños y perjuicios se funda en una responsabilidad subjetiva. Es una acción que se intenta en contra del progenitor biológico que conocía el embarazo y parto de la mujer y niega su paternidad y se niega a someterse a las pruebas científicas para su determinación. Se trata de una acción no punitiva sino resarcitoria ya que se centra en la relación de causalidad y no en la culpa⁹².

Es el menor el que posee el derecho subjetivo de reclamar al progenitor biológico que lo reconozca como su hijo y también posee el derecho de reclamar una indemnización por daño moral ante la falta de reconocimiento voluntario⁹³.

Como se puede verificar de estas sentencias la reparación de daños por no reconocimiento filial era receptado por la jurisprudencia mucho antes de que se lograra un asentamiento en el Código Civil y Comercial. Se centraban en el análisis de los elementos del daño, en los derechos personalísimos con jerarquía constitucional y en el principio non laedere.

Al no existir una regulación específica de la responsabilidad civil en derecho de familia, a la falta de reconocimiento filial le son aplicables las regulaciones generales en materia de responsabilidad civil. Así, si se comprueba la existencia de antijuricidad, daño y atribución subjetiva; el progenitor se encuentra en la obligación de reparar el daño⁹⁴.

Si bien no existía una regulación específica en derecho de familia, los juristas interpretaban la antijuricidad de la omisión del reconocimiento filial, mediante los derechos humanos garantizados en los diferentes instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que se encuentran enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional⁹⁵.

⁹¹ SCBA, 28-4-98, “P., M.D. c/A., E.”, L.L.B.A., 1999, p. 167 con nota de Claudio G. Romano.

⁹² Cciv. y Com. San Nicolás, 20-4-1999, “Rodríguez, Rubén Marcelo y/o Bulla Rodríguez Rubén Marcelo c/ Bulla Marcelo Rubén s/ Daños y perjuicios

⁹³ Cciv. y Com. 1ª, Mar del Plata, Sala 2, 8-2-2000, T.S. c/ T.R. s/ Filiación

⁹⁴ SCBA, 28/4/98, “P., M.D. c/A., E.”, L.L.B.A., 1999, p. 167 con nota de Claudio G. Romano.

⁹⁵ Cciv. y Com. 2ª, La Plata, Sala 1, 16-3-1995, “P., M. c/ A., E. s/ Filiación indemnización daños y perjuicios”

Con respecto a lo que debe resarcirse la Cámara en lo Civil y Comercial de La Plata estableció en sentencia del 16 de marzo de 1995, estableció que es la negativa a otorgar al hijo el emplazamiento de estado de familia el cual es una lesión del campo estrictamente jurídico. No se toman en cuenta las carencias afectivas, ni el abandono o falta de apoyo espiritual, solamente se regula la ausencia de un derecho subjetivo⁹⁶.

Anteriormente, la Cámara Nacional en lo Civil, sala F, en un fallo del año 1990⁹⁷, establecía los factores que se deben tener en cuenta para determinar el quantum en el daño moral por no reconocimiento filial:

Para fijar el quantum por daño moral por falta de reconocimiento espontáneo del hijo, corresponde evaluar el daño que durante sus años de vida pudo haber sufrido el menor por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado en el ámbito de las relaciones humanas hijo de su progenitor, en razón de la omisión en que éste incurrió al no reconocerlo. No se trata del reconocimiento por las carencias afectivas que pudo hallar, en esos años, frente a su progenitor, ya que ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, sobre el cual el derecho no actúa, salvo que trasciendan en determinadas conductas como son, por ejemplo, el abandono, que permitirá accionar por privación de la patria potestad, la falta de asistencia, que permitirá demandar alimentos, las injurias entre cónyuges, que dan lugar al divorcio, etc

En este caso, para cuantificación del daño se tomó en cuenta los años que duró el perjuicio por no ser reconocido por el padre y no las carencias afectivas ocasionadas por la falta de relación.

Siempre, la acción debe intentarse contra el padre reticente. Su obligación de reconocimiento del hijo nace desde que tenía conocimiento del embarazo de la mujer. Por lo tanto, si un hombre tiene relaciones sexuales con una mujer, pero desconoce que producto de las mismas ha nacido un hijo, no podrá ser condenado a pagar daños y perjuicios ya que se requiere de la negativa de reconocimiento voluntario ante el

⁹⁶ Cciv. y Com. 2ª, La Plata, Sala 1, 16-3-1995, “P., M. c/ A., E. s/ Filiación indemnización daños y perjuicios”

⁹⁷ CNCiv., Sala F, 30/03/1990, “L., H.C. c. M., S.J. s/Filiación” Publicado en: DJ1990-2, 538. Cita Online LaLey: AR/JUR/1391/1990

conocimiento previo de la situación. De esta manera, se ha expresado oportunamente la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial de Mar del Plata en sentencia del 31 de octubre de 1996⁹⁸.

Más cerca en el tiempo se puede analizar la sentencia del 26 de septiembre del año 2017 de la Sala III “R.N.A. c/ R.A. s/ Reclamación de filiación. En este caso se trató del caso de una persona que fue reconocida por su padre recién a los trece años de haber nacido. Ya en un juicio anterior, el tribunal había establecido como indemnización por daño moral la suma de \$60.000 lo cual fue cuestionado ya que había sido peticionado un total de \$150.000 por la parte actora que apeló la sentencia.

Según la parte actora se debió tener en cuenta para la cuantificación del daño el hecho de que el denunciado recién reconoce al hijo una vez notificado de la demanda cuando el niño tenía trece años de edad. También se debió tener presente las aflicciones, sufrimientos y perturbaciones en los sentimientos ocasionado por la tardanza en el reconocimiento del menor.

Otro ítem que no se tuvo en cuenta es la conducta del demandado durante más de una década que, siendo un renombrado comerciante de la zona, ignoraba y discriminaba al menor, generando una minusvalía social.

Por otro lado, un ítem que los jueces tienen en cuenta para fijar el quantum indemnizatorio es la demora de la madre en realizar la denuncia. La solución con respecto a la demora de la madre y su incidencia en la cuantificación del daño moral no es uniforme.

Existen algunos tribunales que no consideran influyente la demora materna el momento de cuantificar el daño reclamado (fallos de la Cámara Nacional Civil (Salas L y M) y la Cámara Civil y Comercial de Mercedes (Sala III)). En contraposición, existen otros tribunales que consideran decisiva la demora de la madre en base que es función de ambos padres la tutela de los derechos subjetivos de sus hijos menores (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Ciudad de Zapala y de la Cámara Civil y Comercial de Junín).

Por ejemplo, el fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala L del año 1994, de acuerdo a que el padre reconoció los encuentros íntimos mantenidos con la madre actora y conocía

⁹⁸ Cciv. y Com. 1ª., Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, “A., S. G. c/ R., F. J. s/ Reconocimiento de filiación- Daños y perjuicios”

su estado de gravidez no alegando que la mujer tuviera otros compañeros, determinó que el padre debía haber reconocido a su hija de manera espontánea. Y, aunque la madre hubiera podido ahorrarle el sufrimiento a su hija mediante una denuncia temprana, ello no se considera como atenuante del daño⁹⁹.

También la Cámara Nacional en lo Civil, Sala M, es coincidente con el tribunal anterior, determinando que era conveniente que la madre reclamara al poco tiempo de haber nacido su hijo, pero, en el tribunal no se estaba juzgando la actitud de la madre sino la omisión de reconocimiento del padre ya que al sospechar que había engendrado un hijo y eludir la obligación de reconocerlo estaba asumiendo una conducta ilícita y culpable y debe responder por los daños causados¹⁰⁰.

Coincidentemente, también la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, Sala III, sostuvo que la actitud de la madre de demorar durante tanto tiempo en promover la demanda (aproximadamente, 20 años después de nacida la menor), no justifica la reducción del resarcimiento ya que este hecho es extraño a la víctima y si bien es cierto que un reclamo temprano hubiera podido disminuir la magnitud del daño, ese daño no hubiera ni ocurrido si el progenitor hubiera reconocido espontáneamente a su hija¹⁰¹.

Entonces, de acuerdo a lo establecido en sus sentencias por parte de estos tribunales, la demora de la madre en realización la demanda no se comprende como una concausa para disminuir la responsabilidad del padre ya que se considera que la única causa directa del daño es la falta de reconocimiento espontáneo del hijo por parte del progenitor. Así, el que elude voluntariamente su deber jurídico de emplazar en su estado de familia al hijo, es responsable por los daños ocasionados por la omisión del reconocimiento espontáneo.

En contraposición, a continuación, se enunciarán una serie de fallos que enuncian que la demora de la madre en empezar las acciones judiciales puede constituir una disminución de la responsabilidad del padre en el daño ocasionado.

⁹⁹CNCiv., Sala L, 23/12/1994, "*B., O.N. c/ M., O.O. s/ Filiación*". Publicado en: LA LEY1995-E, 12. Cita Online LaLey: AR/JUR/333/1994.

¹⁰⁰ CNCiv., Sala M, 09/03/1999, "*Z., E.B c/ R., R.O. s/ Filiación*". Id SAJJ: FA99020150. Recuperado el 21 de julio de 2019 de <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-eb-ro-filiacion-fa99020150-1999-03-09/123456789-051-0209-9ots-eupmocsollaf>

¹⁰¹ CCiv. y Com. Mercedes, Sala III, 5/3/2009, "*G., J. c. H. O. J.*". Cita Online LaLey: AR/JUR/22100/2009.

Así, se puede citar el fallo con fecha 14 de diciembre del año 2009 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de la Ciudad de Zapala de la Provincia de Neuquén en el cual se trata de resolver la situación de una joven de 16 años que no fue reconocida por su progenitor y su madre reclama en concepto de daño moral la suma de \$50.000 pesos por reconocimiento tardío a la edad de 15 años. En este caso, la progenitora en representación de su hija es la que reclamaba dicha indemnización. De acuerdo a esta situación, la jueza ponderó tanto el plazo transcurrido en la negativa paterna como la demora de parte de la madre en iniciar la filiación.

A la fecha del dictado de sentencia, la menor contaba con 17 años de edad. Transcurrió toda la etapa escolar primaria y secundaria con el apellido de la madre. Además, la progenitora no acreditó el haber accionado extrajudicialmente con antelación para obtener el reconocimiento. Entonces, debido a la actitud pasiva de la progenitora por más de catorce años, disminuyó el quantum de resarcimiento a \$20.000¹⁰².

Otro precedente en la misma línea resulta ser el fallo de Cámara Civil y Comercial de Junín en la cual se debió resolver el caso del reclamo filiación en representación de sus hijos que efectúa una madre en su representación a los pocos meses de fallecido el progenitor. La madre de los dos menores ya había interpelado extrajudicialmente al progenitor por alimentos y el mismo contesta la interpelación negando que ambos niños fueran sus hijos.

Como el supuesto progenitor ya había fallecido se comprobó la filiación por medio de análisis cadavérico de ADN. De esta manera se hace lugar a la acción intentada y se condena a pagar en concepto de daño moral la suma de \$2500 por cada uno de los menores. De esta manera, se apela el monto y la Cámara Civil y Comercial de Junín sube la suma resarcitoria a \$6.500 para cada uno de los menores advirtiendo que no existe prueba alguna de que el heredero conociera la filiación reclamada y que la inacción de la madre que sólo inició la acción de filiación post mortem había operado como fractura del nexo causal.¹⁰³

¹⁰² Juzgado Civ., Com., Lab. y de Min. de Zapala., 14/12/2009 “*V., C.J c. V., V. s/Resarcimiento*”. JZA1S1 - EXP - 5865/2007

¹⁰³ CCiv. y Com. Junín, 24/11/2009, “*L.E.I. y L.R. c. Suc de C.A.M. s/filiación*”. Publicado en: DFyP 2010 (marzo). Cita Online LaLey: AR/JUR/44100/2009

Para el caso de la interpretación de la demora de la madre en reclamar, se toma como ejemplo también, el fallo de Cámara CCivvyCom de Mercedes, Sala I “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

Los hechos son los siguientes: La madre de una menor promovió demanda, en representación de ésta, por los daños derivados de la falta de reconocimiento voluntario de su estado de hija. La sentencia de grado admitió parcialmente la acción. La Cámara la confirmó. En resumen, a fin de establecer el monto del resarcimiento por daño moral que el demandado debe abonar por la falta de reconocimiento voluntario de su hijo, debe valorarse, por un lado, que aquél no lo hizo teniendo fuertes motivos para dar por cierto que era el progenitor, pero también que la actitud displicente de la madre al iniciar la acción de filiación tuvo una incidencia causal en la producción del perjuicio.

En este fallo se analizó qué es lo que ocurre en los casos en que la madre continúa con las acciones procesales por falta de reconocimiento cuando el menor alcanza la mayoría de edad. Así, el tribunal expresó que los actos procesales cumplidos por la madre en representación de su hijo cuando éste ya había alcanzado la mayoría de edad —en el caso, en una acción de daños por omisión de reconocimiento paterno— deben considerarse válidos, pues se aplican las reglas del mandato, conforme las cuales el mandatario está obligado a continuarlo, a pesar de su cesación, en relación con toda gestión que no admita demora y hasta que el mandante disponga sobre el mismo, bajo pena de responder por los perjuicios que de su omisión resulte.

El tema es que en la sentencia dictada se dio lugar al reclamo de la madre por no reconocimiento filial y se instó al padre a pagar una indemnización de \$30.000 pesos en concepto de daño moral por no reconocimiento oportuno de su filiación. Esta sentencia fue apelada por el demandado aduciendo que a la fecha de sentencia la hija había alcanzado ya la mayoría de edad y había caducado la representación que ejercía la madre:

El demandado plantea la nulidad de la sentencia en crisis dictada el 23 de marzo de 2010, por considerar que al momento del dictado de la misma había cesado de pleno derecho la representación que ejercía G. N. C. de su hija M. L. C. porque ésta había alcanzado la mayoría de edad por lo dispuesto en la ley 26.579, que modificó el art. 126 del Código Civil y que entró en vigencia el 31 de diciembre de 2009. Sostiene que esa circunstancia ya se verificaba al momento de conferirse la vista al Sr.

Asesor de Incapaces a fs. 133, sin que éste manifestara nada al respecto y que la Sra. Juez de grado dictó sentencia sin ordenar previamente la citación de M. L. C.

En definitiva, afirma que al momento de dictarse sentencia no existía legitimación procesal de G. N. C. por haber cesado la representación que ejercía en nombre de su hija M. L. C. el 31 de diciembre de 2009, requisito que considera necesario para que se verifique un proceso válido, porque entiende que se requiere que el proceso esté integrado por dos partes legitimadas para su prosecución regular. Por dicha razón sostiene que la Sra. Juez de origen debió suspender el llamamiento de autos para sentencia y disponer la citación de quien había alcanzado la mayoría de edad para que tomara la intervención que le correspondía en este proceso para que el mismo fuera válido, y al no hacerlo así, entiende que el pronunciamiento devino nulo, lo mismo que el escrito que corre agregado a fs. 140¹⁰⁴.

De esta manera, de acuerdo a los antecedentes procesales, al momento de dictada la sentencia se confirma la mayoría de edad de la hija:

G. N. C., en representación de su hija M. L. C., solicitó sentencia el 3 de noviembre de 2009 (ver cargo de fs. 131), petición de la que se dio vista al Sr. Asesor de Incapaces el 9 de diciembre de 2009 (ver fs. 131 vta.), quien en atención al estado de autos dictaminó que la Sra. Juez podía llamar autos para sentencia (ver fs. 132, dictamen de fecha 16 de diciembre de 2009), y las actuaciones fueron recibidas en Secretaría el 21 de diciembre de 2009 (tramites que fueron cumplidos mientras la actora era menor de edad según la legislación vigente a esa época, pues según la partida de nacimiento de fs. 4 tenía 20 años, ya que nació el 25 de junio de 1989)¹⁰⁵.

Como el demandado no impugnó en el plazo de cinco días siguientes a la sentencia, la sentencia no resulta nula:

¹⁰⁴CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

¹⁰⁵CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

El consentimiento del llamado de autos para sentencia tiene dos efectos, por un lado, el consentimiento referido al acto singularmente considerado y por otro lado tiene efectos en un sentido global, vinculado a todos los actos de procedimiento que comprenden una instancia y que, en realidad constituyen a la vez una forma de preclusión. El consentimiento del llamado de autos para sentencia convalida los eventuales vicios procesales anteriores al dictado de esa resolución.

Amén de lo expuesto en el párrafo precedente, considero que el demandado no cumplió con los requisitos de admisibilidad de la nulidad de los actos procesales, consistente en plantear el pertinente incidente de nulidad en la instancia de origen dentro de los cinco días de haber quedado notificado de la misma¹⁰⁶.

En su momento, el tribunal de primera instancia fijó un resarcimiento por daño moral de \$30.000 habiendo acreditado que el progenitor conocía del embarazo y por la posición negativa que adoptó el demandado durante todo el proceso.

La Sra. Juez de grado sostuvo que el demandado tenía conocimiento de la paternidad desde la época de la concepción, sobre la base de los siguientes elementos de juicio: a) la sentencia firme dictada en los autos “C., G. N. c/A., O. J. s/Acción de Reclamación Filial” dictada el 29 de junio de 2007, en la que se declara que la menor M. L. C. es hija extramatrimonial de don O. J. A.; b) el reconocimiento de ambas partes de la existencia del expediente “A. O. J. c/C., G. N. s/Desalojo”, circunstancia que le hizo tener por no relevante el informe del Archivo Departamental agregado a fs. 19 en el que se da cuenta que fue decomisado por lo dispuesto en el art. 82 del Acuerdo 2212/87 del Reglamento General de Archivos; y c) por la confesión ficta del actor a tenor del pliego agregado a fs. 69¹⁰⁷.

De acuerdo al quantum indemnizatorio, la parte actora solicita que la modifiquen ya que la suma fijada no condice con todas las circunstancias acreditadas del caso. Y, exige que se eleve el monto reclamado a \$80.000.

¹⁰⁶CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

¹⁰⁷CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

La parte actora solicita que se modifique la sentencia en crisis por considerar que la suma fijada en concepto de indemnización por daño moral no se condice con todas las circunstancias del caso acreditadas en autos y por ser insuficiente para reparar mínimamente el daño sufrido por la actitud del demandado de no reconocer su paternidad a pesar de saber que era su padre desde que su madre quedó embarazada, de haber reconocido que tuvo una relación afectiva y relaciones sexuales con ella y haberle dado el trato de hija. Por todo ello, pide que se la eleve al monto reclamado en la demanda de \$ 80.000¹⁰⁸.

En caso contrario, el demandante considera excesivo el monto ya que el mismo debe estar ajustado a las circunstancias del caso de ninguna manera debe comprender una fuente de enriquecimiento del reclamante.

El demandado solicita que se modifique la sentencia en crisis en cuanto al monto establecido como indemnización por daño moral por considerarlo excesivo, por entender que la reparación por ese concepto debe resultar ajustada a las circunstancias de cada caso en particular y nunca convertirse en una fuente de enriquecimiento de la reclamante, y además debe ser justipreciada con prudencia y adecuarse, no solamente al perjuicio, sino también a la capacidad económica del demandado. Sostiene que en este caso no existen pruebas, salvo la confesión ficta, que permitan afirmar que conocía desde su inicio el embarazo de la progenitora de M. L. C. y que su conducta no ha sido la de negar infundadamente su paternidad, sino todo lo contrario, pues dice haber ofrecido someterse a la prueba genética a partir del conocimiento del reclamo, y por ende no puede interpretarse su accionar como malicioso¹⁰⁹.

Teniendo en cuenta la dificultad de establecer un monto indemnizatorio para el daño moral, el tribunal especifica que en estos casos se toman en cuenta ciertas circunstancias especiales del caso tales como el tiempo transcurrido sin el reconocimiento de filiación hasta la sentencia.

¹⁰⁸CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

¹⁰⁹CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

Existe consenso en doctrina y la jurisprudencia que lo que se indemniza en estos casos son las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivan de la falta de conocimiento de la propia identidad, y de no ser considerado en el ámbito de las relaciones humanas (v.g. en el colegio) como hijo de padre conocido, y aquello que es consecuencia directa de la conducta omisiva, quedando fuera de su comprensión el desamor o carencia de afecto, en el que tanto puede incurrir un padre que no ha reconocido a su hijo como quien lo ha hecho (voto del Dr. Gustavo Bossert, en fallo de la Sala F de la C.N.Civ., LA LEY, 1990, A. 1, dek 19/10/89, con comentario de Eduardo Zannoni)¹¹⁰.

Establecidos y explicados los hechos y los antecedentes el tribunal tuvo en cuenta la actitud poco activa de la madre ya que inició las acciones para obtener el reconocimiento de su hija cuando la menor había cumplido trece años. De esta manera se toma la demora como una causa concurrente en la producción del daño:

La evaluación de los elementos de juicio analizados en el párrafo precedente, junto con el propio relato de la madre G. N. C., me llevan a concluir que el demandado tenía fuertes motivos para dar por cierto que tenía una hija con la actora, pero también que ésta fue negligente —o displicente— en tomar decisiones que aceleraran una pronta definición acerca de la paternidad de la niña, o sea, que debió adoptar una actitud más activa en la defensa de los derechos de su hija. Adviértase que, pese a la falta de reconocimiento espontáneo por parte del accionado, recién cuando la niña tenía casi trece años de edad (nació el 25/06/89) promovió la demanda de filiación (11/06/02). Ello hace a la cuantificación del daño moral, dado que, si bien el reconocimiento es un acto unilateral (arts. 247, 248 inc. 2 y 250 C.C.: esta Sala, causas n° 111.672 del 22/04/08 y 112.177 del 21/04/09), no puede perderse de vista que la actitud negligente de la actora —al menos hasta que promovió la demanda de filiación— tuvo una incidencia causal concurrente en la producción del

¹¹⁰CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

daño sufrido por la niña (arts. 901 a 906 y 512 C.C.; esta Sala, causas n° 111.672 y 112.177 citadas)¹¹¹.

Además, en función de que recién el demandado propuso realizarse una prueba de ADN una vez iniciada la acción en su contra, se hace lugar a la demanda y se propone elevar el quantum indemnizatorio a la suma de \$50.000.

El demandado pretende que se tome en cuenta su actitud colaborativa respecto de la realización de la prueba biológica. Sin embargo, recién cuando fue notificado de la demanda ofreció hacerse la prueba biológica, siendo de destacar que la prueba se presentó en el juicio de reclamación de filiación el 6 de abril de 2004, sin que conste hasta la fecha que el reconocimiento se haya efectuado.

En función de ello, teniendo en cuenta lo señalado, que la falta de reconocimiento persiste pese al resultado de la prueba biológica producida en el juicio de filiación, que han transcurrido 23 años desde el nacimiento de la actora (conf. partida de nacimiento obrante a fs. 4/5), y los montos fijados por este Tribunal en otros casos (considerando las particularidades de cada caso de acuerdo a las pautas arriba citadas), propongo elevar el monto indemnizatorio a la suma de \$ 50.000. (esta Sala en expte. 113.831, sentencia del 23/03/12 en autos “Salinas, Jorge c/Barraza, Juan s/Filiación”)¹¹².

Con fundamento en el deber de prevención, para aquellas acciones u omisiones antijurídicas que hacen previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento no siendo exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

Por lo tanto, la progenitora reconociente posee un interés razonable en prevenir el daño a su hijo lo que le impone la carga de iniciar la acción de filiación y daño moral en su carácter de representante legal del menor. El menor tiene legitimación activa por ser

¹¹¹CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

¹¹²CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore, Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

damnificado directo y debe estar representado por uno de sus progenitores hasta su mayoría de edad, con intervención necesaria del Ministerio de Menores.

Ahora bien, si la progenitora no inicia la correspondiente demanda, es factible que el menor la interponga con asistencia letrada y según su grado de madurez (que deberá analizar el magistrado en el caso concreto) en virtud de la capacidad progresiva del menor reconocida en el CCCN.

Para continuar, es relevante indagar si es factible para la madre impulsar una acción de daño moral como damnificada directa.

Con respecto a la legitimación activa de la madre se mencionó en este trabajo que actúa como legitimada directa cuando reclama daño material, como por ejemplo los gastos de parto y embarazo que se entiende debieron ser soportados tanto por el padre como por la madre de manera compartida.

Pero en materia de daño moral que solo puede ser reclamado por los damnificados directos del daño, se puede plantear que el interés tutelado por el derecho es el del emplazamiento del hijo y este puede ser ejercido sólo por él, por cuanto se trata de una acción personalísima. Así, al no considerar a la madre como damnificada directa del desconocimiento de filiación ésta carecería de legitimación activa para reclamarlo.

No obstante, es razonable pensar que, ante la falta de filiación paterna, la madre y el hijo independientemente son damnificados directos de distintos agravios morales, con distintas causas y ambos resarcibles.

El ilícito respecto de la madre no tiene fundamento en el desconocimiento filiatorio del padre sino en los hechos posteriores y conexos al mismo, como por ejemplo el desconocimiento de la obligación de contribuir a la crianza del niño que la obliga a asumir sola la responsabilidad parental que debería ser compartida según el CCCN. El mencionado exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor provienen de la conducta antijurídica del padre.

El daño reconocido a la madre no debe presumirse, como sucede con los hijos no reconocidos, sino que se debe dejar a criterio del juez del proceso determinar la procedencia de la acción por daño moral, según las pruebas ofrecidas y la valoración que de ellas realice el magistrado. Esta determinación del juez es fundamental para limitar “cataratas de juicios”, que alentarían a deducir pretensiones improcedentes con

la finalidad de obtener un resarcimiento infundado haciendo uso de un ejercicio abusivo de derechos.

Con respecto al análisis de la legitimación activa, se puede mencionar el fallo de la Cámara Civil y Comercial de Junín que revocó un fallo en primera instancia que había negado la legitimación para accionar de una menor de corta edad. Además, como el reclamo del perjuicio sufrido por no ser reconocida por el padre no constituye un acto inmoral, contrario a las leyes y a las buenas costumbres, es menester habilitar a la madre para que accione en representación de su hija: “el agravio moral futuro y cierto se presume a partir del desconocimiento del padre y la negativa a someterse a las pruebas biológicas ya que la historiografía de su vida va llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente, constituyéndose en un daño indemnizable¹¹³”.

En el mismo sentido, el Dr. Pettigiani en un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires estableció que la acción que permite al hijo a accionar por daños y perjuicios es personalísima ya que el mismo carácter reviste el acto de dirigirse contra el progenitor por su conducta antifuncional. Entonces, dicha acción debe ser ejercida únicamente por el propio interesado y no por un representante¹¹⁴.

Como opinión en contrario, se puede argumentar que la reparación debe ser realizada lo más prontamente posible para no agravar el daño, por lo tanto, no debe esperarse a que el menor tenga la autonomía para representarse sino que debe facultarse a la madre para promover la acción en representación de su hijo.

También la madre es una legitimada directa cuando reclama el daño material tales como los gastos de embarazo y parto que deben ser compartidos entre los progenitores. Pero cuando se aborda el daño moral, la legitimación de la madre resulta opinable.

Con respecto a esta última cuestión existen dos modos de ver la situación. Por un lado, se piensa el daño moral de la madre y el hijo como distintos, con distinto origen y ambos resarcibles y, por el otro se puede contemplar el dolor o sufrimiento que los padres experimentan ante un mal que se causa a los hijos, interpretando a los padres como verdades víctimas y directas víctimas del mal.

¹¹³CCiv. y Com. Junín, 22/09/1995, “*M., V. B. c. A., M. J.*” Publicado en: LLBA1996, 374 Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Marcos M. Córdoba, 298. Cita Online LaLey: AR/JUR/2940/1995

¹¹⁴Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 10/11/1998, “*D.M., R. v. S., A. F.*”, Ac. 64.506. , N° 6168. Publicado en: JA 1999-IV-483. Cita Online LaLey: 994011

Entonces, con respecto a la legitimación activa de la madre se puede analizar el siguiente fallo de la Cámara Civil Sala L¹¹⁵. En este caso, se procedió a revisar la sentencia en primera instancia en la cual la jueza admitió parcialmente la demanda promovida por una mujer por su propio derecho y en representación de su hijo menor contra el progenitor del mismo por falta de reconocimiento filial.

Así, la jueza estableció la filiación del niño respecto del demandado y lo condenó a abonar a su hijo la suma \$70.000 en concepto de daño moral, más costas. En cambio, rechazó la pretensión de la madre consistente en un resarcimiento moral a favor de ella.

Entonces, los actores petitionaron que se modifique la sentencia anterior y que se eleve el monto indemnizatorio en concepto de daño moral otorgado al niño y que se admita el resarcimiento a la madre, también por daño moral.

Al principio, el tribunal realiza aclaraciones preliminares, estableciendo que la relación jurídica de filiación se rige por las normas propias del derecho de familia. Mientras que las consecuencias dañosas del obrar del demandado se rigen por el derecho de la responsabilidad civil.

También se tomó en cuenta el momento en el cual comenzaron las acciones en contra del demandado ya que no pudo aplicarse en este caso el nuevo Código Civil y Comercial por lo cual deben regirse por el anterior ordenamiento jurídico.

Únicamente es aplicable el nuevo cuerpo legal a las relaciones o situaciones jurídicas que no se encuentren agotadas aún en cuanto a sus efectos o contenido (“no consumadas”), y siempre que tengan origen legal (por ejemplo, los intereses derivados del resarcimiento de un daño que no hubieran sido pactados por las partes)¹¹⁶.

Hechas las salvedades del caso, el tribunal procedió a analizar los tres puntos cuestionados por los actores. En principio, se evaluó el tema del quantum indemnizatorio para el hijo en concepto de daño por no reconocimiento filial. Tanto la actora como la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara cuestionaron el monto establecido en concepto de resarcimiento.

Así, el tribunal se dispuso a definir el daño moral como un estar diferente de la persona y como una lesión en los sentimientos de la persona:

¹¹⁵Cámara Civil Sala L “CRE y otro c/CFA sobre filiación” expediente n 61.585/10.

¹¹⁶Cámara Civil Sala L “CRE y otro c/CFA sobre filiación” expediente n 61.585/10.

(...) *el daño moral es una modificación disvaliosa –ánimicamente perjudicial- del espíritu...*”, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste.

(...) La jurisprudencia, a su vez, ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria¹¹⁷.

Entonces, al reconocer a su hijo de manera voluntaria, el demandado Céspedes Fernández lesionó un interés extrapatrimonial de su hijo y debe responder por el daño causado. El tema conflictivo se establece debido al carácter resarcitorio y no punitivo del daño moral que provoca que la determinación de su cuantía no se rige por una valoración económica del daño. Además, el daño moral no debe confundirse con el deber de prestar alimentos, ni con ninguna otra desviación patrimonial del vínculo paterno-filial.

Por lo tanto, de acuerdo al carácter del daño moral, el tribunal admite la dificultad que se presenta ante la cuantificación de este rubro ya que se carece de cánones objetivos para determinar la intensidad, la gravedad o magnitud de la lesión.

(...) la cuantificación de este rubro es una de las tareas más difíciles del intérprete judicial, pues en general se carece de cánones objetivos dada la índole misma del menoscabo, que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión de aquél. Nadie puede indagar el espíritu de otra persona tan profundamente como para poder afirmar con certeza la intensidad del dolor, la magnitud de un padecimiento, la gravedad de la angustia o la decepción¹¹⁸.

En estos casos, entonces, el magistrado deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo con el objeto de establecer presuntivamente y del modo más objetivo posible el agravio moral.

¹¹⁷Cámara Civil Sala L “CRE y otro c/CFA sobre filiación” expediente n 61.585/10.

¹¹⁸Cámara Civil Sala L “CRE y otro c/CFA sobre filiación” expediente n 61.585/10.

(...) mientras que en el daño patrimonial la valuación se averigua mediante un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa “en lugar” del perjuicio, en el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca “a su lado”. No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos)” (cfr. Zavala de González, “Cuánto por daño moral”, La Ley, 1998-E, 1057)¹¹⁹.

Luego, se procede a la interpretación del derecho de filiación de acuerdo a la doctrina referida al derecho de familia y teniendo en cuenta los principios consagrados en los artículos 3, 7 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño. Entonces, de acuerdo a la normativa supranacional el derecho a la filiación se encuentra íntimamente relacionado al derecho a conocer a sus padres, ser cuidado por ellos y el derecho a la identidad individual y familiar. Así, el ataque de este derecho reconocido como un derecho personalísimo, configura el daño moral sin perjuicio de la existencia de otros daños.

En efecto, el niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación –y para tenerla, debió haber sido reconocido–, toda vez que ese derecho, y el de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a la identidad individual y familiar y, subyacente a ellos y como principio fundamental, el interés superior del niño, se hallan consagrados en los arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional sobre derechos humanos que integra el bloque de constitucionalidad argentino (cfr. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El ataque a esos derechos fundamentales configura por sí, precisamente, el daño moral, sin perjuicio de la existencia de otros daños en concreto que pudieran acreditarse¹²⁰.

A continuación, el tribunal procede a evaluar la conducta del demandado. En este caso, concluye que resulta evidente la conducta antijurídica del demandado ya que ante los resultados evidentes que arrojaron las pruebas de ADN, omitió reconocer la filiación y mediante sentencia de primera instancia se tuvo que establecer dicha filiación jurídicamente.

¹¹⁹Cámara Civil Sala L “CRE y otro c/CFA sobre filiación” expediente n 61.585/10.

¹²⁰Cámara Civil Sala L “CRE y otro c/CFA sobre filiación” expediente n 61.585/10.

Otro punto a evaluar era la corta edad del niño (seis años), la cual, a juicio del tribunal, no es un parámetro para limitar la cuantía de resarcimiento que corresponde abonar ya que la carencia de la figura paterna en los primeros años de vida produce una pérdida en su identidad espiritual. Así, concluyó hacer lugar el petitorio de la parte actora y se dispuso a subir el quantum indemnizatorio adeudado al niño en \$150.000.

Con respecto a la indemnización del daño mora a favor de la madre, el tribunal anterior no había dado lugar a su reclamo por considerarla damnificada indirecta. Así, en aplicación del artículo 1078 del Código Civil no se reconoce la legitimación activa a las víctimas indirectas de un perjuicio extrapatrimonial, salvo a los herederos forzosos del damnificado directo cuando como consecuencia del hecho ilícito, se hubiera producido el fallecimiento de aquél.

En contraposición, la Cámara establece que la madre es una víctima directa del acto antijurídico en cuestión. De esta manera justificando su posición se predispone a definir y diferenciar a los damnificados directos de los indirectos:

(...) define al damnificado directo como quien experimenta un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, “directamente en las cosas de su dominio o posesión”; mientras que damnificado indirecto sería quien lo padece “por el mal hecho a su persona, a sus derechos o a sus facultades”, pudiendo ambos tipos de detrimentos (directo e indirecto) generar daño patrimonial o moral.

(...) una segunda noción de damnificado directo e indirecto, según la cual el primero resulta ser la víctima que experimenta el menoscabo en su propia persona o patrimonio (el perjuicio recae “directamente” o “inmediatamente” sobre él), mientras que el damnificado indirecto – padeciendo siempre un daño propio, pues de lo contrario, éste no sería resarcible– lo sufre de manera “indirecta”, “refleja” o “de rebote”.¹²¹

Así, de acuerdo a la interpretación de la Cámara, la madre también es una damnificada directa ya que, a raíz de la indiferencia y el rechazo expreso del padre, se produjeron ciertos daños en los intereses espirituales. De esta manera, no puede ignorarse que el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales, la falta de contribución a la formación, el cuidado y la educación del hijo, obligaron a la actora

¹²¹Cámara Civil Sala L “CRE y otro c/CFA sobre filiación” expediente n 61.585/10.

a asumir sola las responsabilidades morales generando exceso en las tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación. Habiéndose comprobado la existencia de una lesión cierta producto de una conducta antijurídica del padre de su hijo, es menester tomar en cuenta que la madre también es víctima necesaria e inmediata del perjuicio causado por la conducta del padre.

También la omisión del demandado de reconocer a su hijo luego del resultado de las pruebas de ADN, es interpretado como un acto discriminatorio hacia la mujer:

Por último, teniendo en cuenta la omisión del demandado de reconocer a su hijo una vez notificado del resultado del informe de ADN al que ya me referí en el considerando IV, con los perjuicios espirituales que ello causó a R.E.C. y a los que ya me he referido, considero adecuado señalar que el temperamento que propongo en mi voto se alinea con la prohibición del trato discriminatorio de la actora como mujer, vedado en nuestra Constitución Nacional que ha incorporado al ordenamiento jurídico argentino con su misma jerarquía a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 75, inc. 22)¹²².

Así, ya comprobado el agravio en contra de la madre por las sucesivas omisiones del parte del padre que ocasionaron una lesión que continuó en un tiempo considerable de tiempo, el tribunal admitió fijar un monto de indemnización en concepto de daño moral de \$70.000.

De esta manera, se consideró a la madre como una persona lesionado en su fuero íntimo por el accionar del progenitor de su hijo que omitió en reiteradas ocasiones reconocerlo voluntariamente. Así, se la consideró como una víctima directa del acto lesivo y ello comprendió la legitimación activa también para la madre, para solicitar resarcimiento en concepto de daño moral.

Con respecto a los intereses, el tribunal estableció que los mismos se encuentran contemplados en el principio de reparación plena.

A su vez, el principio de la reparación integral permite concluir en que los intereses están implícitos en la pretensión indemnizatoria; aquél ha sido admitido de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia civilista, y encuentra recepción expresa en la

¹²²Cámara Civil Sala L “CRE y otro c/CFA sobre filiación” expediente n 61.585/10.

actualidad en el art. 1740 del Código Civil y Comercial, titulado “reparación plena” y cuya primera redacción es categórica: “*La reparación del daño debe ser plena*”.

Otro caso en el cual se analizó la legitimación activa de la madre para solicitar indemnización por daños morales, es el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes “S,J.S. c/ J.C.E s/ filiación” Expediente n. 695/6. Anteriormente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Corrientes, modificó parcialmente la sentencia de primer grado ya que hizo lugar a la demanda de daños promovida por la niña APE y rechazó la demanda de la progenitora. De esta manera se obligó al demandado a pagar la suma de \$10.000 en concepto de daño moral derivado de la falta de reconocimiento oportuno de la paternidad.

En el caso de la menor, la corta de edad de la misma se tuvo en cuenta para la determinación de la cuantía, pero no exime de responsabilidad al progenitor que demoró seis meses en reconocerla.

Para así decidir respecto de la demanda de la menor, argumentó que la sola tardanza en el reconocimiento filial determina la procedencia de la indemnización por daño moral a favor de un hijo. De manera que la corta edad de la niña demandante al momento de ser reconocida por su padre (seis meses) es una circunstancia que puede oficiar de atenuante para la determinación de la cuantía, pero no de eximente para exonerar de toda responsabilidad por la omisión del demandado¹²³.

Por su parte, el rechazo del reclamo de la madre se justificó invocando el artículo 1078 del Código Civil el cual veda la posibilidad de reclamar por daños extrapatrimoniales a los damnificados indirectos.

(...) por sustento de la desestimación del reclamo de la madre adujo falta de legitimación activa, con invocación del artículo 1078 del Código Civil, que veda la posibilidad que damnificados indirectos reclamen daño moral. Para ello, rechazó el argumento crítico por la que la progenitora apelante insistía con que se trataba el suyo de un reclamo sobre "un daño moral autónomo" del de su hija, expresándole a la justiciable que ese su aserto no guardaba relación con el texto del escrito postulatorio inicial¹²⁴.

¹²³Superior Tribunal de Justicia de Corrientes “S,J.S. c/ J.C.E s/ filiación” Expediente n. 695/6.

¹²⁴Superior Tribunal de Justicia de Corrientes “S,J.S. c/ J.C.E s/ filiación” Expediente n. 695/6.

La actora aduce que el tribunal desatendió los hechos: el abandono sorpresivo e intempestivo del progenitor una vez que supo de la noticia del embarazo; la negación de la paternidad de la niña, el hecho de que el demandado es médico y conoce las implicancias dañosas de su accionar.

La recurrente alega que el tribunal *a quo* desatendió los hechos afirmados en la demanda. Que en dicho escrito invocó como daño resarcible su abandono sorpresivo y definitivo por el demandado cuando ella le comunicó que era el padre del niño que llevaba en su vientre y que jamás lo había traicionado, hiriéndola de ese modo en lo más profundo de su ser al "negar" la paternidad de la niña que ambos habían engendrado.

Que tampoco pudo pasar desapercibido al sentenciador que el demandado es de profesión médico, y por tanto que hizo efectivo ese abandono aun conociendo las implicancias dañosas que ello aparejaría en la siquis y los valores morales de la demandante. Hechos en función de los cuales aduce error de la aplicación de la ley en la sentencia, planteando que son los artículos 1066 y 907, segunda parte, del Código Civil los que debieron actuarse¹²⁵.

Además, los letrados de la parte actora expusieron la causa pretendí del personal reclamo de la mandante de la siguiente manera:

"El Sr J. C. E. abandonó a nuestra co-mandante - novia, amante y madre - en los momentos más difíciles de su vida, incumpliendo y despreciando el compromiso que asumiera, hiriéndola en lo más profundo de su ser al negar la paternidad de la niña que ambos habían engendrado" ". ... el demandado no asumió ningún tipo de responsabilidades, faltó a su palabra, actuó de mala fe abandonándola, conociendo el embarazo, estado de salud física psíquica y de los riesgos que se presentaron a nuestra comitente con aquél". "Como consecuencia de los pesares de nuestra mandante, por la mala fe en los actos del demandado, atravesó en estado depresivo que complicó todo el período de gestación". "Debe resarcirse el daño moral que implica violación de los derechos de la personalidad de nuestra instituyente cuando que el demandado le infirió un injusto dolor abandonándola en los momentos más difíciles de su vida, negando luego la paternidad de su hija, despreciando a su examante en sus más íntimos sentimientos". "Es por

¹²⁵Superior Tribunal de Justicia de Corrientes "S,J.S. c/ J.C.E s/ filiación" Expediente n. 695/6.

esto que también entendemos que se deben considerar las lesiones sufridas por quien intenta obtener la filiación de su hija, ya que atentó contra su honor, buen nombre y honestidad".

De acuerdo a los hechos expresados por los letrados, existió una lesión directamente sufrida por la madre de la niña debido a las maneras de obrar y a las conductas omisivas y abandonicas del progenitor. Así, confirmaron el perjuicio posible de reparar por considerarse ella misma una afectada directa de la situación.

Con respecto al demandado, adujo que era absurdo condenarlo a reparar el daño moral a una niña de seis meses por retardo en el reconocimiento de su filiación.

En principio, con respecto a la reparación por la demora en reconocer a la niña, el tribunal no pudo desatender que al momento de su reconocimiento la niña contaba con seis meses de nacida. También se tuvo en cuenta un precedente del mismo tribunal que confirmó la reparación debido a la demora en reconocer a una menor de 11 meses.

En un caso sustancialmente análogo, mediante sentencia del 14 demarzo de 2007 *in re* A. C. E. por su hija menor c/V. M. P. S/Filiación y daño moral", (Sent.Nº 25/07) el Superior Tribunal dictó un precedente en torno a la reclamación de reparación por daño moral a un padre derivado de la falta de reconocimiento oportuno de su filiación efectuada por una menor de once meses al momento de la demanda.

En ese precedente se estableció que el resarcimiento por no reconocimiento filial debe regirse por los elementos que constituyen la responsabilidad civil. Entonces, uno de los puntos fundamentales es la existencia o no de daño que en el caso del daño moral comprende la afectación a los sentimientos, afectos, creencia, honor y reputación de la víctima. Entonces, la pregunta a formularse era: ¿qué tipo de perturbación puede sufrir una niña de tan sólo once meses? De acuerdo al tribunal, en tan corto plazo no se puede configurar un daño moral en la niña por no haber sido reconocida por su padre.

En primer término, para que la víctima tenga derecho a ser indemnizada es menester el requisito básico - entre otros recaudos- de que exista daño.

En segundo lugar, cabe recordar que daño moral es la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencia, decoro, honor, reputación, vida privada, integridad o aspecto físico o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Por eso, la pregunta a formular es ¿qué perturbación y/o afección a los bienes extra patrimoniales citados puede sufrir una niña de tan sólo once meses por el hecho de que su padre no concurriera al Registro Provincial de las Personas?

En el caso, la Cámara en sus meras generalidades no lo dice. Y ciertamente que, en el curso ordinario de las cosas, una niña de esa edad no puede sufrir minusvalía en su vida de relación ni sufrir sentimientos de inferioridad, de desprotección espiritual e inseguridad. Entonces, como ocurre con los hechos normales, quien pretende desvirtuarlos debe traer la prueba en contrario. Que en el caso no existen.

Por tales motivos, se considera que en tan corto plazo de vida, la demora ocurrida en el reconocimiento de la paternidad no pudo haber repercutido como daño moral en la niña.

Entonces, de acuerdo al precedente, niños de corta edad el daño no se logra configurar. Y, se considera que uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil no se configura, por lo tanto, no corresponde la indemnización en este caso.

Aclarado esto, el tribunal se dispone a analizar la conducta del demandado. Este expuso que dudaba de su paternidad y le propuso a la actora la realización de una prueba de ADN. Ello no fue acreditado en la causa. Además, nada hizo el demandante para disipar la incertidumbre teniendo a su disposición diferentes mecanismos tales como la acción declarativa de certeza, la vía de las medidas preparatorias y el posible beneficio de litigar sin gastos. En ningún caso se valió de ellas. Además, el demandante admitió haber tenido relaciones sexuales extramatrimoniales con la mujer y también admitió conocer del embarazo de la mujer. Una persona puede dudar con respecto a su paternidad, pero no por ello puede permanecer inactivo ante la noticia.

Otra cuestión a tener en cuenta es el factor de atribución de responsabilidad subjetiva, que deviene de la actitud culpable al haber obrado por lo menos con cierta negligencia, despreocupándose de ajustar su conducta con el objeto de no dañar a la otra persona.

Tampoco debe perderse de vista la profesión del demandado. Al ser médico ello lo coloca en una situación de privilegio para comprender la situación y las consecuencias dañinas que de ella se podrían derivar.

Así, teniendo en cuenta el comportamiento del demandado se puede evidenciar el daño moral sufrido por la mujer durante su embarazo.

Del daño moral sufrido por la mujer embarazada en razón del comportamiento del demandado, las cosas hablan por sí solas: la actora transitó todo el período de la

gestación sin la compañía ni apoyo espiritual del progenitor; y no se arrimaron a la causa elementos que avalen la excusa que ensayó E. en ocasión de prestar declaración de parte (fs. 236/238). Por otro lado, testigos presenciales dieron cuenta del estado de tristeza en que quedó sumida S. tras la ruptura de su relación con el demandado¹²⁶.

Comprobado el daño de la embarazada el tribunal dispuso casar la sentencia de alzada y hacer lugar a la demanda de la madre, desestimando la demanda de la niña. Además, se dispone el reenvío de la causa a la instancia de origen para se pronuncia con respecto a la cuantía de la condena.

Como se puede observar, en este caso, se da lugar a la pretensión de la madre como legitimada activa ya que se comprobó las lesiones en su ámbito sentimental y psíquico por las conductas omisivas del padre de su hija. En contrario, se desestimó la pretensión de reparación del daño ocasionado a la niña por comprender que no se cumplen con todos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil ya que no se puede contemplar el daño moral en una niña de tan sólo seis meses.

A modo de ejemplo también se puede mencionar otro fallo de última instancia en la ciudad de Salta expedido por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. En esta sentencia, Las juezas rechazaron la apelación del hombre y confirmaron la indemnización por daño moral para la niña, reclamada por su madre y derivada de la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad.

Consideraron que el hijo como tal tiene un derecho subjetivo, constitucional y supranacional a la identidad, es decir, a conocer sus orígenes biológicos y por tanto, a tener una filiación completa paterna y materna. También afirmaron que esos derechos suponen el deber jurídico del reconocimiento del padre, exteriorizado mediante un acto voluntario y que, si no lo cumple, injustificadamente, incurre en un hecho ilícito.

las juezas concluyeron que el hombre llevó adelante y a sabiendas, un obrar por lo menos negligente en torno de la regularización de la situación jurídica de la pequeña.

Hoy la reparación del daño causado está expresamente prevista en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que contempla la indemnización de un daño no patrimonial por el hecho de que el niño se vea privado de su identidad y emplazamiento en el estado de hijo. En el caso en particular, el reconocimiento filiatorio fue logrado por vía judicial y cuando la niña contaba con tres años de edad.

El fallo cita que "siendo que el padre sabía o tenía la posibilidad de saber de la paternidad que se le atribuye, pese a tratarse de un acto voluntario, la falta de

¹²⁶Superior Tribunal de Justicia de Corrientes "S,J.S. c/ J.C.E s/ filiación" Expediente n. 695/6.

reconocimiento constituye un obrar ilícito y el factor de atribución de la responsabilidad, configurado por la culpa (negligencia), aparece acreditado tal como lo valorara la jueza de primera instancia".

En igual sentido, agrega que "la falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial da derecho al menor a ser indemnizado por el daño moral causado. Dicho daño se presume y no requiere prueba al haber lesionado un derecho personalísimo derivado del incumplimiento de una obligación legal que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su progenitor, pues es obvio que la falta del padre provoca dolor, aunque éste pueda ser de distinta intensidad, según las circunstancias del caso"; en la cita de un fallo firmado por los juristas Kemelmajer, Romano y Moyano, de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

En definitiva, agregan las magistradas, "no caben dudas de que media agravio moral al haberse lesionado derechos personalísimos, como la identidad". De esta manera, el hombre fue obligado a pagar \$25.000 en concepto de indemnización a su hija por no reconocer su paternidad.

Conclusiones

El objetivo principal de este trabajo comprendió analizar el daño moral por no reconocimiento filial identificando el régimen legal, la configuración del daño en el Código Civil y Comercial de la Nación y en el Código anterior, además de analizar la jurisprudencia que refiere a la materia en análisis.

Así, a lo largo del presente trabajo se ha podido constatar que la identidad comprende un derecho personalísimo que puede definirse como el conjunto de características que diferencian a una persona de otra. Se trata de un derecho extrapatrimonial, inalienable, intransferible y perpetuo que puede oponerse frente a terceros y que si resulta lesionado se puede reclamar resarcimiento por daños.

Si se analiza la constitución nacional, no se menciona expresamente este derecho por lo cual antes de la promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación, muchos progenitores se negaban a realizarse las pruebas de ADN aduciendo que el reconocimiento es de instancia privada y de acuerdo a la Constitución Nacional, el artículo 19 impone límites de intervención en la vida privada por parte del Estado.

Este impedimento era resuelto mediante la invocación del artículo 33 de la misma Constitución Nacional el cual expresa que los derechos y garantías no deben alegarse para negar otros derechos. Por lo tanto, no se puede alegar el derecho a la privacidad ante la pretensión de que se garantice a otro su derecho a la identidad.

En el contexto legal internacional se destaca la especial atención a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que fomenta la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Instrumento que fue ratificado por la Argentina y posee jerarquía constitucional).

A nivel internacional el concepto asistencial se deja de lado para dar lugar a la concepción del NNA como sujeto de derecho. El campo de protección incluye la participación efectiva y la protección del ámbito subjetivo del menor. Se trata del reconocimiento de ciertos derechos que conforman la integralidad de la persona humana tales como la construcción de un proyecto de vida autónomo; el derecho a la intimidad, a construir su propia opinión, el derecho a la información, derecho a la salud, la vida, la educación y el derecho a ser oído y a no ser discriminado.

Dentro del ámbito nacional, se realizó un análisis de tres normativas: la ley 26.061; la ley 25.457 y la ley de reproducción asistida. Así, se ha podido identificar que la ley 26.061 en su artículo 11 consagra el derecho al nombre, a saber, quiénes son sus padres y el derecho a la nacionalidad y a la lengua de origen. Mientras que la ley 25.457 es aquella que crea la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad. Esta comisión posee dos funciones fundamentales: realizar todas las acciones necesarias para lograr restituir la identidad a las personas hijas o hijos de desaparecidos e intervenir ante la lesión de la identidad de un menor.

Por último, teniendo en cuenta los nuevos modelos de familia y la concepción de la paternidad como una opción del campo afectivo y no biológico, se debe tener en cuenta los lineamientos de la ley sobre reproducción asistida la cual determina los derechos y obligaciones de los donantes y la configuración de la filiación por medio de este método de reproducción.

También uno de los objetivos específicos comprendía la determinación del tratamiento del daño por no reconocimiento filial en el Código Civil de Vélez. Así, uno de los puntos que aún siguen en vigencia era la imposibilidad de heredar al hijo si en vida no se lo había reconocido. Analizando esta sanción, se deducía que el reconocimiento debía ser interpretado como una obligación y que su omisión comprendía un daño que debía ser reparado.

Además, el reconocimiento del daño moral por falta de reconocimiento filial surgía del principio de no dañar a otro que se encontraba receptado en el código en sus artículos 1109 y 1113. Entonces, teniendo en cuenta este principio y la interpretación del reconocimiento como una obligación, se podía establecer una responsabilidad por daños por no reconocer voluntariamente al hijo.

Cabe destacarse la existencia de dos artículos que colocaban ciertos obstáculos tanto a la acción del reconocimiento como a la potestad para reclamar. Así, el artículo 1078 impedía a la madre reclamar de manera autónoma un resarcimiento por daño moral y, por otro lado, el artículo 259 impedía la legitimidad para impugnar la paternidad a terceros interesados lo cual resultaba un obstáculo para el padre biológico que deseaba reconocer a su hijo cuando éste ya había sido reconocido por otra persona.

Con respecto al régimen legal referido a los daños por no reconocimiento filial, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que los hijos pueden reclamar su

filiación. Y, si un niño o niña aparece como hijo de padre desconocido, es el Ministerio Público el encargado de determinar la paternidad. En este nuevo Código, se mantuvo la imposibilidad de heredar al hijo que se omitió reconocer. De allí, se deduce que el reconocimiento es una obligación y se contemplan tres formas en que puede producirse la filiación: por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción. Además, las acciones permitidas en relación a la filiación son la acción de filiación, la acción de reclamación y la acción de impugnación. Para comprobar la filiación se admiten todo tipo de pruebas.

Existe una diferencia sustancial con respecto al código anterior que impedía el reconocimiento del padre biológico si el hijo era reconocido por otra persona dentro del matrimonio con la madre. Esta diferencia ha dividido a la doctrina y jurisprudencia, ya que no debe aplicarse la ley de manera retroactiva lo cual obliga a juzgar al demandado teniendo en cuenta el momento en que se generó el ilícito.¹²⁷

Como no basta con la mera omisión de reconocimiento para generar la responsabilidad civil, el trabajo estableció un ítem específico para analizar los presupuestos que obligan a indemnizar. De esta manera, se pudo establecer que la responsabilidad sobreviene luego del incumplimiento de la obligación y la obligación de reparar contempla la existencia de los siguientes elementos o supuestos: el daño, la antijuricidad, relación de causalidad y factor de atribución.

El daño puede definirse como la ofensa o lesión a un interés legítimo. La antijuricidad refiere a la presencia de un hecho ilícito causante del daño. Por su parte, la relación de causalidad refiere a la necesaria conexión fáctica entre la acción humana y el resultado dañoso producido. Por último, el factor de atribución fue definido como el elemento valorativo de cual se dispone la imputación o atribución. En este caso, se contemplan dos tipos: el subjetivo basado en el dolo y la culpa y el objetivo que comprende una imputación que prescinde de la idea de culpabilidad.

También se ha podido comprobar que el derecho reconoce distintos tipos de daño entre ellos, el daño moral. Este último fue definido como la afectación a los derechos esenciales de la persona. Es el ámbito psico-afectivo de la persona el que se lesiona, por lo tanto, el daño ocasionado no posee una correspondencia pecuniaria objetiva. Debido a esta característica, resulta compleja la identificación de un quantum

¹²⁷ "Deussen de Paez Vilaró Annette c/ Osk Carlos s/ Impugnación de paternidad." CSJN 1/11/99 LL

económico. En estos casos, la indemnización funciona como un alivio al dolo sufrido y está sujeta a la discrecionalidad del juez.

En el caso por daño por no reconocimiento filial, se ha podido comprobar que para la cuantificación de la indemnización se suelen tomar como parámetros ciertos hechos propios de cada situación tales como: la edad del no reconocido, la actitud del demandado, el daño psicológico producido y la situación social de las partes.

Pero, aunque sea complicada la determinación de un quantum, no puede dejarse de lado el daño moral ocasionado ya que los jueces al fallar deben ceñirse por el principio de reparación plena el cual posee raigambre constitucional y se consagra en el artículo 1740 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Otro ítem analizado resultó ser el tratamiento del daño moral en el derecho de familia. Así, dentro de este campo normativo, se contemplan ciertos daños que deben ser reparados. Y, la aplicación del sistema de responsabilidad civil a cuestiones de familia fue evolucionando desde su negación hasta su efectiva aplicación.

Dentro del derecho de familia, el reconocimiento es un derecho deber. Es decir que el reconocimiento voluntario colisiona con la obligación legal de llevarlo a cabo. Comprende un derecho constitucional y aunque sea de iniciativa privada no queda al libre arbitrio del reconociente.

Como el reconocimiento de un hijo no es discrecional, el hecho antijurídico se configura mediante la omisión de reconocimiento espontáneo, lo que da lugar a la reparación del daño causado. En este caso el factor de atribución es subjetivo. Se debe comprobar, entonces, la presencia de culpa o dolo ya que la ausencia de este elemento exime de responsabilidad al progenitor.

Por último, el último objetivo refería al análisis jurisprudencial referido a la materia en análisis. Así, se ha podido comprobar que desde el punto de vista jurisprudencial se han desarrollado ciertos avances mucho antes de promulgado el nuevo Código Civil y Comercial. Con antelación, los jueces sostenían la existencia de un derecho personalísimo lesionado ante la falta de reconocimiento filial teniendo en cuenta el artículo 19 de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Con respecto al quantum indemnizatorio, no existe un criterio en común. Se advierte la siempre la dificultad de su fijación y en muchas ocasiones el monto fijado es motivo de apelación por parte de los actores del proceso.

Con respecto a la cuantificación del daño moral, no hay parámetros uniformes para determinarlo y cuantificarlo dada la gran diversidad de situaciones que se presentan ante los magistrados reservándose a su prudente arbitrio la decisión. Estos jueces deben procurar una satisfacción o compensación monetaria por el dolor injusto (que deben inferir a partir de las circunstancias probadas en la causa).

Por ello, en cuanto a la fijación del quantum los magistrados tienen la gran responsabilidad de que las sumas indemnizatorias no sean meramente simbólicas sino justas y proporcionales a la magnitud de los padecimientos y circunstancias de cada caso, evitando el enriquecimiento sin causa de la víctima.

Por ello, es fundamental para establecer dicha determinación y cuantificación que los jueces ponderen especialmente aquellos casos en los cuales el progenitor no reconociente fue plenamente consciente de su paternidad, siendo libre y voluntaria su elección de omitir el reconocimiento, desentendiéndose de todas las responsabilidades que ello trae aparejado, causándole a la persona no reconocida padecimientos materiales y morales.

En estos casos es evidente el desentendimiento paterno-filial posterior a la concepción al tener el accionado certero conocimiento de su paternidad y cometer igualmente la conducta antijurídica.

En casos como el referido y cuando no se prueba que existieron causales que eximan de responsabilidad, queda claro el ilícito cometido por quien no reconoció espontáneamente evidenciándose una actitud renuente.

Otro ítem de importancia, resultó ser la valoración de la demora de la madre en realizar las acciones legales en contra del progenitor no reconociente. Aquí la jurisprudencia no ha tenido nunca una solución unánime, comprobándose la existencia de dos soluciones posibles. Por un lado, no tomar en cuenta la demora y establecer el monto de indemnización con respecto al daño ocasionado por el demandado. O, por otro lado, establecer la demora como una concausa de la falta de reconocimiento y disminuir el monto solicitado en concepto de indemnización por daño por no reconocimiento filial.

Bibliografía

BLANCHARD, V. Daños por falta de reconocimiento de hijo. 2016 Cita on line: AR/DOC/1097/2016.

BOSCH MADARIAGA, A. Filiación-daños: falta de reconocimiento. 2015. Cita Online AR/DOC/ 1334/2015.

CATALDI, Myriam M., Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 127 • LA LEY 2015-C

CIFUENTES, C. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

DIEZ-PICAZO, L. Derecho de daños, Madrid: Civitas, 2000.

GOMEZ POMAR, F.: Daño moral, *Indret* 1/00 cft. pág..1 y 2. 2001.

GREGORINI CLUSELLAS, E.L. La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente. Daño moral de la hija y la madre ante la negativa de filiación del padre. 2014, On line AR/DOC/1266/2014.

JALIL, J.E. Daños derivados de la omisión de reconocimiento del padre en el Código Civil y Comercial. 2017. Cita Online: AR/DOC/599/2017.

JOFRE, Jofre, G. *Derechos constitucionales e internacionales del menor de edad. Rol de la justicia como integrante del Estado*. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 71.

HERRERA, CAMELO Y PICASSO. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014.

MARTÍN –CASALS, M. Y SOLÉ FELIÚ J.: “El daño moral”, en CAMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, cfr. 857 Y 858, 2003.

MARTORELL ZULUETA, P. (coord.): Código Civil, jurisprudencia sistematizada, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 1221, 2011.

MEDINA, G. Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial. 2015, Cita on line: AR/DOC/774/2015.

MÉNDEZ R. A. El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación; 2-8. 2016. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar>

PÉREZ DÁVILA, L. A. Utilización y practicidad de los baremos. Aspectos que dificultan su legitimidad. Buenos Aires: La Ley, 2009.

PETRILLO, P. M. Las etapas del proceso de adopción y el interés superior del niño. Buenos Aires, La Ley. 2016. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar>

PICASSO, L. Incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en la responsabilidad civil deportiva Publicado en: SJA 23/08/2017, 23/08/2017, 24 - Cita Online: AP/DOC/500

PIZARRO, W. La responsabilidad Civil por no reconocimiento de hijo. En libro de Responsabilidad civil y familia. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2015.

RIVERA, J.C.. Instituciones del Derecho Civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

SANTOS BRIZ, J.: “Comentario al art. 1902 del CC.” En ALBADALEJO, M Y DIEZ ALABART, S (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XXIV, Edersa, Madrid, cfr. 167.

SOLARI, N.E. Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento del hijo. Su recepción en el Proyecto de Reforma. 2013. Cita Online: AR/DOC/3866/2013.

TOLOZA, M.L. Las prácticas deportivas y la responsabilidad civil en la escuela, 2016, disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1324/te.1324.pdf>

VANOSI, JORGE. Ciclo Maestros del Derecho: “El Rol del Poder Judicial en el Estado de Derecho”. UAI. 21/08/2013.

YUBA, G. Los niños, niñas y adolescentes y las garantías en los procedimientos judiciales y administrativos. Buenos Aires: La Ley, 2012.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Cuánto por daño moral”, La Ley, 1998-E, 1057.

ZENERE G. Y BELFORT E. *El peritaje de ADN*. 2001, disponible en: www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACF 010032

Legislación:

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969.

CONVENCIÓN DE VIENA

LEY 26862 de reproducción asistida.

LEY 26.061.

LEY 25457.

Jurisprudencia:

C. Apel. Civil y Comercial San Isidro, sala I, 13/10/1988, LA LEY, 1989-E, 563 y ED, 172-473

Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II el 1-3- 1994 en el caso “Ausfet Miscione, M.F. c/ Héctor Eugenio s/daños y perjuicios.”

CNCiv., Sala F, 30/03/1990, “*L., H.C. c. M., S.J. s/Filiación*” Publicado en: DJ1990-2, 538. Cita Online LaLey: AR/JUR/1391/1990

CNCiv., Sala L, 23/12/1994, “*B., O.N. c/ M., O.O. s/ Filiación*”. Publicado en: LA LEY1995-E, 12. Cita Online LaLey: AR/JUR/333/1994.

CCiv. y Com. Junín, 22/09/1995, “*M., V. B. c. A., M. J.*” Publicado en: LLBA1996, 374 Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Marcos M. Córdoba, 298. Cita Online LaLey: AR/JUR/2940/1995

Cciv. y Com. San Nicolás, 20-4-1999, “Rodríguez, Rubén Marcelo y/o Bulla

Rodríguez Rubén Marcelo c/ Bulla Marcelo Rubén s/ Daños y perjuicios.”

CNCiv., Sala M, 09/03/1999, “*Z., E.B c/ R., R.O. s/ Filiación*”. Id SAIJ: FA99020150. Recuperado el 21 de julio de 2019 de <http://www.saij.gob.ar/camara->

nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-eb-ro-filiacion-
fa99020150-1999-03-09/123456789-051-0209-9ots-eupmocsollaf

Cciv. y Com. 2ª, La Plata, Sala 1, 16-3-1995, “P., M. c/ A., E. s/ Filiación
indemnización daños y perjuicios”

Cciv. y Com. 2ª, La Plata, Sala 1, 16-3-1995, “P., M. c/ A., E. s/ Filiación
indemnización daños y perjuicios”

Cciv. y Com. 1ª, Mar del Plata, Sala 2, 8-2-2000, T.S. c/ T.R. s/ Filiación

Cciv. y Com. 1ª, Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, “A., S. G. c/ R., F. J. s/
Reconocimiento de filiación- Daños y perjuicios”

CCiv. y Com. Mercedes, Sala III, 5/3/2009, “G., J. c. H. O. J.”. Cita Online LaLey:
AR/JUR/22100/2009.

Cámara CCivCom de Mercedes, SalaI “Cavanillas, Graciela Nilda c. Altamore,
Orlando José s/daños y perjuicios” del 13 de marzo 2012.

CCiv. y Com. Junín, 24/11/2009, “*L.E.I. y L.R. c. Suc de C.A.M. s/filiación*”.
Publicado en: DFyP 2010 (marzo). Cita Online LaLey: AR/JUR/44100/2009

Cámara Civil Sala L “*CRE y otro c/CFA sobre filiación*” expediente n 61.585/10.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/09/2004, “*Isacio Aquino c/ Cargo
Servicios Industriales SA*” Publicado en: JA 2004-IV-16. Cita Online LaLey: 20043223

Corte Suprema, 5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”,
Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625

Juzgado Civ., Com., Lab. y de Min. de Zapala., 14/12/2009 “*V., C.J c. V., V.
s/Resarcimiento*”. JZA1S1 - EXP - 5865/2007

SCBA, 10-11-1998, “D. M., R. c/ S., A. F. s/ Reclamación de estado de filiación”,

DJBA 156, 29 - ED diario del 8-9-99, p. 9

SCBA, 28-4-98, “P., M.D. c/A., E.”, L.L.B.A., 1999, p. 167 con nota de Claudio G.

Romano.

SCBA, 28/4/98, “P., M.D. c/A., E.”, L.L.B.A., 1999, p. 167 con nota de Claudio G.

Romano.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 10/11/1998, “*D.M., R. v. S., A. F.*”, Ac. 64.506., N° 6168. Publicado en: JA 1999-IV-483. Cita Online LaLey: 994011

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes “S,J.S. c/ J.C.E s/ filiación” Expediente n. 695/6.



Buenos Aires, de Febrero de 2020.-

Ricardo Nicolás Ricolfi, D.N.I N° 32.756.671, autorizo por la presente a la Biblioteca de la Universidad Abierta Interamericana a publicar la tesis de mi autoría en la página web de la Universidad. Se deja constancia que la reproducción del trabajo, ya sea en forma parcial o total, y por cualquier medio está prohibida sin el consentimiento del autor y protegida por los artículos 71 a 78 de la Ley 11.723.