

El daño moral no puede ser reclamado por la concubina desde el momento que no es heredera forzosa.

CCCom. de Junín, 20-8-96, "M., G. R. y otra c/Transporte El Resero", L. L. B. A. 1996-1140

IV. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires sobre responsabilidad de los padres por la falta de reconocimiento de hijo

SCJBA, Acuerdo 64.506, "D., M. R. c/S., A. F. s/Reclamación del estado de filiación"

Dictamen de la Procuración General:

La sala segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda de filiación promovida por R. D. M., en representación de su hija menor I. D. (hoy I. S. A.), contra F. S. A. —obligación que se tuvo por cumplida con las constancias de la causa—, y también al reclamo de daño moral, rechazando a su vez la excepción de prescripción opuesta al respecto; la modificó en cuanto al monto resarcitorio, que lo aumentó (v. fs. 141/146 y fs. 103/106).

Se alza el demandado mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 150/158), que funda en la violación de los artículos 248 —texto según ley 23.264—, 1067, 1068, 1078, 3956 y 4037 del Código Civil y en la existencia de absurdo.

Dos son los temas centrales de la impugnación: uno, referido al cómputo de la prescripción para el reclamo de daño moral, entendiendo el recurrente que si bien lo es a partir de tener expedito el título de la obligación, en el caso, la falta de dicho título en tiempo oportuno fue por omisión de la actora en procurarlo; y el otro, relativo a la procedencia y monto de daño moral.

Opino que la queja no debe prosperar.

1) Respecto al primer tópico de la impugnación diré que —en mi criterio— media insuficiencia pues el recurrente no se hace cargo de los fundamentos brindados por el sentenciante (v. fs. 141 vta./142) y su exposición transita por un carril diferente, que en definitiva no traduce más que una discrepancia subjetiva, lo que no resulta técnicamente apto para provocar la apertura de la casación (art. 279, Cód. Proc. Civ. y su doctrina).

Sin perjuicio de ello, entiendo de aplicación al caso la doctrina de V. E. emanada de las causas Acuerdo 45.288, 27 de diciembre de 1991 y Acuerdo 55.405, 6 de setiembre de 1994 (citada por la Alzada) —cuyas consideraciones comparto— en el sentido de que "resulta temporánea la demanda que reclama

daños y perjuicios por la negativa del presunto padre de reconocer la filiación que ha sido interpuesta juntamente con la que se reclama esa filiación”.

II) En relación al segundo agravio debo señalar que si bien a primera vista podría parecer ajustada al subexamen la doctrina citada por el apelante, sentada por V. E. en la causa Acuerdo 46.097 (sent. del 17-3-92), una detenida lectura de los argumentos del fallo impugnado y de los de aquel pronunciamiento me permite concluir lo contrario.

En efecto. La Alzada consideró que causa daño moral la falta de reconocimiento, cuando tal situación es consecuencia de la conducta del progenitor (v. fs. 144, tercer párrafo).

Para ello tuvo en cuenta varias circunstancias que desarrolló concretamente, a saber: la negativa por parte del demandado de las afirmaciones de la actora como así haber hecho otras, propias, de hechos y circunstancias incompatibles con la paternidad establecida, en las que a la postre fue vencido (v. fs. 142 vta./143); la responsabilidad imputable al padre por el incumplimiento de los deberes propios emergentes de la concepción (v. fs. 143/143 vta.).

Acudió también la Cámara a normas de la Constitución Nacional y de tratados internacionales que con ella comparten supremacía —artículo 75, inciso 22— y sabido es que ninguna norma o ley inferior debe ser aplicada cuando controvierte a las normas superiores, como así que los tratados citados brindan parámetros interpretativos que constituyen principios, valores y normas plenamente dotados de juridicidad, obligatoriedad y aplicabilidad por parte de los juzgadores (conf. Bidart Campos, Germán, *La filiación “verdadera”*, en E. D. 162-245).

Arriba así a la decisión apoyándola en el deber genérico (o principio constitucional) de no dañar a otro, citando a tal efecto el artículo 19 de la Constitución Nacional, y en el derecho de todo ser humano a obtener la filiación, como también en el deber jurídico de reconocer al hijo (v. fs. 144).

Fácil es colegir entonces que quien —como en la especie— no reconoce espontáneamente a su hijo es jurídicamente responsable de los daños que cause a quien tiene el derecho a esperar el cumplimiento del deber jurídico (reconocer al hijo, emplazarlo en el estado de familia) (art. 1074, Cód. Civ. cit.).

De allí que la Alzada consideró —con sustento en el artículo 1109 del Código Civil— que la actitud —en realidad su no actuar— del demandado constituyó un ilícito que generó responsabilidad —obviamente subjetiva (conf. Zannoni, Eduardo, *Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo*, en L. L. 1990-A-1)— por el daño moral causado a la menor (v. fs. 144). No debe olvidarse que la pauta cierta de ello es que la ley da acción para reclamar el reconocimiento; de lo contrario, si el no obrar fuera lícito, la ley no daría acción.

Luego afirma que el perjuicio resulta de los hechos mismos –*in re ipsa*–, que se ocupa de referir (v. fs. 144 *in fine*/144 vta.).

Ya en el quehacer de justipreciar la condena y en la inteligencia de que la indemnización reviste carácter compensatorio (y no punitivo) –de ahí que carezca de incidencia lo expuesto en fojas 155 *in fine*/155 vuelta– valoró la conducta del demandado y las demás circunstancias que señala y, con sustento en la facultad que le otorga el artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial, elevó el monto oportunamente establecido (v. fs. 144 vta. *in fine*/145).

Efectuada esta reseña sobre lo decidido por el juzgador y confrontándola con los fundamentos que se vierten en el recurso, es mi criterio que no se logra para nada conmover la construcción sobre la que se asienta el fallo (incluyendo la doctrina y jurisprudencia aplicadas), que contiene un desarrollo lógico que no es debidamente rebatido, pues el esfuerzo se ha concentrado en la presunta violación de la doctrina legal de V. E. que, como lo adelantara, no resulta para mí aplicable al caso, desde que la Cámara no efectúa afirmaciones dogmáticas carentes de aval probatorio, legal y jurisprudencial; todo lo opuesto y por ello la situación se torna diferente a la ventilada en aquella causa (art. 279 cit.).

Finalmente, no advierto que la suma fijada en concepto de daño moral no se compadezca con las pautas evaluadas por el sentenciante, en ejercicio de facultades propias.

Por las razones expuestas, soy de opinión que V. E. debe desestimar el recurso traído.

Tal es mi dictamen.

La Plata, julio 2 de 1997. *Luis Martín Nolfi*

Acuerdo

En la ciudad de La Plata, a diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Hitters, San Martín, Negri, Pettigiani, de Lázzari, Salas, Ghione, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Acuerdo 64.506, “D., M., R. c/S., A., F. s/Reclamación de estado de filiación”.

Antecedentes

La sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del departamento judicial de San Isidro confirmó en lo principal el fallo de primera instancia y lo modificó en lo referente al monto otorgado en concepto de daño moral elevando la condena a \$ 30.000.

Se interpuso, por el demandado, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor subprocurador general, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

Cuestión

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

Votación

A la cuestión planteada, el señor juez doctor Hitters dijo:

1. La Cámara fundó su decisión en que:

a) Debe rechazarse la defensa de prescripción planteada contra el reclamo de daños y perjuicios promovido desde que la sentencia de filiación determina la *legitimatio ad causam* de la actora, entendida como la cualidad emanada por la ley que faculta a requerir una sentencia favorable respecto del objeto.

b) Causa daño moral la falta de reconocimiento cuando –como en el caso– tal situación es consecuencia de la conducta del progenitor, a poco que se adviertan algunas consecuencias de la omisión, que se proyectan en la esfera de los derechos subjetivos como asimismo en la vida social.

c) El daño moral en situaciones como el presente es un detrimento a tal punto evidente que resulta probado *re ipsa* en virtud de los hechos mismos.

d) Dadas las circunstancias de autos debe elevarse la condena a la suma de \$ 30.000.

2. Contra dicho pronunciamiento se alzó la demandada por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denunció absurdo y violación de los artículos 248, 1067, 1078, 1068, 3956 y 4037 del Código Civil.

3. El recurso no puede prosperar.

En autos, la actora inició en forma conjunta la acción por reclamación de filiación extramatrimonial y la relativa al daño moral causado por la conducta del demandado (v. fs. 9 y 12).

1) En lo que hace a la prescripción de la acción de daños y perjuicios resulta de aplicación la doctrina de este Tribunal que emana de las causas Acuerdo 45.288 (sent. del 27-12-91) y Acuerdo 55.405 (sent. del 6-9-94) similares a la presente.

Se dijo allí que el principio general en la materia es que la prescripción no corre contra los derechos o las acciones que aún no han tenido nacimiento: *actioni non natus non præscribuntur*.

Como observa Galli, “ninguna acción puede prescribirse antes de existir, porque no ha podido ejercerse”. O, para expresarlo con palabras de Enneccerus-Nipperdey, la prescripción comienza tan pronto nace “una pretensión accionable”, fórmula análoga a la del Código español según la cual “el tiempo

para la prescripción de toda clase de acciones [...] se contará desde el día que pudieron ejercerse” (art. 1969, v. Salvat-Galli, *Obligaciones en general*, t. III, ed. Tea, Buenos Aires, 1958, N° 2072.a y 2071.a en ps. 417/9). Así ha interpretado la jurisprudencia española el plazo relativo a los cuasidelitos al decidir que la prescripción corre desde que el agraviado “pudo ejercer la acción” pues como lo destaca Borrel Maciá “...si no puede ejercitarse la acción no puede decirse que exista” (*Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1958, Cap. XXIV, N° 180, ps. 344/5).

El referido principio *actioni non natur non praescribuntur*, ha sido aplicado en varias oportunidades por esta Corte.

Así en materia de simulación y derechos hereditarios ha expresado que los derechos que no pueden reclamarse sino en calidad de heredero de bienes futuros, no son prescriptibles sino desde la apertura de la sucesión sobre la cual, o en cuyo beneficio, deben ejercerse, desde que en tal condición esos derechos carecen de existencia jurídica, constituyendo meras expectativas que no pueden servir de base a ninguna actividad judicial. Es que, expuesto en términos generales, la prescripción comienza a correr desde que el crédito existe y puede ser exigido, y no corre contra los derechos o las acciones que no han tenido nacimiento (A. y S. 1980-I-537).

También en materia de hechos ilícitos ha sostenido en este mismo orden de ideas que “...si bien es cierto que la prescripción de la acción emergente de un hecho ilícito comienza desde el momento en que éste ocurre, toda vez que constituye la fuente de la obligación a resarcir, no lo es menos que tal principio —de carácter general— debe ser congruentemente aplicado en situaciones particulares, como la del caso de autos, en la que la ilicitud del hecho no se encuentra categóricamente establecida en el momento de originarse, sino que fue necesario un acto jurisdiccional, el que permitiera calificarlo como tal”. En esta oportunidad se invocaron los fundamentos vertidos en otro precedente (D. J. B. A. 80-85) que creo es pertinente reproducir: “...la doctrina como la jurisprudencia vienen admitiendo que cuando la ilicitud del hecho debe resultar de una previa declaración judicial, el término de prescripción sólo puede comenzar a partir de la fecha en que la sentencia que así lo declare pase en autoridad de cosa juzgada [...] se podrá objetar que la ilicitud del hecho no resulta de la sentencia que así lo declara; que ningún obstáculo de orden material o jurídico impide proponer la acción de daños y perjuicios con anterioridad; que la hipótesis no es equiparable a la del artículo 3980 o que se podrá argüir con el efecto retroactivo propio de las sentencias dictadas en procesos de condena. Pero maguer tales reparos, se me aparece como más valiosa —decía el doctor Bouzat a quien pertenece el voto— la solución que propicio. Carece de sentido imponer a aquel cuyo con-

trovertido derecho está pendiente de un reconocimiento judicial la carga de poner en movimiento la actividad jurisdiccional en miras a mantener viva una pretensión cuya consolidación —en la realidad de las cosas— sólo habrá de operarse una vez decidida la cuestión relativa a la legitimidad de la ocupación. Cuestión que, no ya por virtud del precepto legislativo sino de la fuerza misma de las circunstancias y por imperio de los principios de la lógica aparece con ribetes propios de prejudicialidad material. Basta para evidenciarlo observar que no cabría, sin caer en el riesgo del tal mentado escándalo jurídico de las sentencias contradictorias, pronunciarse en la acción de daños y perjuicios sin haberlo hecho antes en la de desalojo” (A. y S. 1977-III-727).

Las argumentaciones reseñadas son de estricta aplicación al caso de autos en el que ya no es la ilicitud del acto o hecho ilícito lo que se encontraba pendiente de una decisión judicial sino la *legitimitas ad causam* de la actora, entendida como la cualidad emanada por la ley que faculta a requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso (A. y S. 1976-II-37).

No se desconoce (se decía en el precedente citado) que la caracterización de la sentencia de filiación ha suscitado en doctrina y jurisprudencia posiciones encontradas, por lo que me parece útil recordar lo que Díez-Picazo expresaba sobre el tema: “Una sentencia declarativa se limitaría a dejar constancia de una situación ya existente, que habría producido ya sus propios efectos jurídicos. Y es claro que los efectos jurídicos de la relación paterno-filial (ape-llos, alimentos, patria potestad) se producen como consecuencia de la sentencia y no antes de ella” (citado por José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, vol. II, ed. Bosch, Barcelona, 1970, ps. 138/139).

Por tales razones entiendo que la sentencia de filiación, si bien es declarativa del vínculo paterno-filial ya que existía sin ésta, por su naturaleza es constitutiva en punto a su objeto al atribuir el título de la filiación (art. 247, Cód. Civ.; conf. Zannoni, E. A., *Derecho de Familia*, t. I, ps. 58 y ss.).

Conforme con lo que llevo dicho, lo dispuesto por el artículo 3956 del Código Civil que hace correr la prescripción de las obligaciones personales “desde la fecha del título de la obligación” y habida cuenta de que la demanda de daños fue interpuesta conjuntamente y a las resultas de la de filiación, corresponde desestimar el recurso en este aspecto y mantenerse el fallo del a quo en cuanto al rechazo de la prescripción opuesta.

II) En lo atinente a la indemnización en concepto de daño moral ya me he expedido con anterioridad.

Dije en la causa Acuerdo 59.680 (sent. del 28-4-98) que en lo pertinente reproduzco, que los argumentos que se exponían a continuación no debían generalizarse, ya que dependen de la situación particular de cada pleito, por ejemplo, la edad del legitimado activo, los resultados de los análisis, o los motivos que ha tenido el progenitor para negarse a hacérselos; y muy espe-

cialmente las causas invocadas para desconocer la paternidad, verbigracia, razonables dudas de haber tenido relaciones íntimas con la madre aptas para engendrar, etcétera.

Antes que nada importa poner de relieve que la cuestión analizada no ofrece soluciones monocordes ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, aunque la corriente moderna –sobre todo a partir de la vigencia oxigenante en la Argentina de distintos instrumentos internacionales, que luego analizaré– está del lado de la procedencia de la indemnización del agravio moral por la falta de reconocimiento de los padres de la filiación extramatrimonial de sus hijos.

La doctrina del foro en nuestro país ha abierto una importante brecha en este sentido y como *leading case* podemos citar justamente un pronunciamiento de un juez de primera instancia en lo Civil y Comercial de San Isidro del año 1988 (“H. L. A.”, con nota de Bidart Campos, E. D. 128-330) seguido por tribunales de esta provincia (CCCom. de San Isidro, sala I, 13-10-88, E. D. 475, voto del doctor Arazi) y de la Capital (CNCiv., sala F, 19-10-89, L. L. 1990-A-2; id., 30-3-90, E. D. 139-101; sala I., 14-4-94, L. L. 1995-C-406, entre otros).

Empero esta Corte, la primera vez que se ocupó de la temática –a mi entender en una situación fáctica distinta a la aquí analizada– repelió tal tipo de indemnización (causa Ac. 46.097, sent. del 17-3-92, voto del doctor Vivanco), sobre la base de lo normado por los artículos 1066 y 1068 del Código Civil; partiendo de la base de que la ausencia de reconocimiento no implica ninguna ilicitud que permita generar una indemnización.

Por el contrario, soy de la idea de que la falta de reconocimiento del progenitor –como ha sucedido en autos– se constituye en un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil y, por ende, derecho a la indemnización a favor del hijo menor afectado.

Ello así, partiendo –por un lado– de la *legislación interna*; y –por otro– de los *tratados internacionales*, ratificados por nuestro país.

a) *Legislación interna.*

Previo a todo resulta importante puntualizar –y en esto parece no haber dudas– que el acto de reconocimiento es voluntario y unilateral, mas –y aquí aparecen las discrepancias– la negativa infundada del padre genera efectos jurídicos, partiendo del punto basilar que de las interconexiones que surgen de los pliegues y repliegues del Derecho de Familia y de la responsabilidad civil, el hijo tiene un derecho subjetivo a ser reconocido por quien lo ha engendrado (Kemelmajer de Carlucci, *Responsabilidad por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial*, en *Derecho de Daños*, 1ª Parte, ps. 666-8).

En efecto y en lo que tiene que ver con el *an debeatur*, repárese que el artículo 254 del Código Civil (reformado por la ley 23.264) le confiere a los hijos la potestad de reclamar su filiación extramatrimonial contra quien con-

sideren su padre o su madre, y si éstos se niegan, entiendo que hay *ilicitud* pues —como luego veremos— no existe derecho sin su correlativa acción (Bossert, conforme su voto en la CNCiv., sala F del 19-10-89, ya citado), a tal punto que la negativa infundada lleva implícita la sanción por indignidad (art. 3296 bis del Cód. Civ.).

De lo dicho se colige sin ambages que la actitud de marras de los progenitores genera un *daño moral* para sus hijos (art. 1078 del Cód. Civ.), pues afecta su derecho al nombre, su derecho a conocer su identidad, y sobre todo su derecho a la personalidad; por lo que debemos concluir que quien elude voluntariamente un deber jurídico de reconocimiento es responsable de los daños originados (conf. CNCiv., sala L, 23-12-94, “B. O. N. c/M. O. O.”), pues el desconocimiento del nexo biológico, importa una *ilicitud*.

Ello así pues se pone en marcha de ese modo el sistema de responsabilidad civil que requiere: *ilicitud*, *daño*, *nexo causal* y *factor de atribución* (arts. 254, 903, 904, 1074 y 1078 del Cód. Civ.).

b) *Tratados internacionales.*

Soy de la opinión que con las normas del estatuto civilístico que he citado, basta y sobra para configurar la responsabilidad civil del accionado, empero no resultará baladí traer a colación un conjunto de documentos y tratados internacionales, que a partir de la Reforma nacional de 1994, tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Carta Magna), y que sin duda vienen en apoyo de esta tesisura.

No cabe hesitación que en la segunda mitad de este siglo ha tenido concreción una nueva disciplina jurídica, esto es el *Derecho Internacional de los derechos humanos* (Gros Espiell, *Derechos humanos*, Perú, 1991, ps. 15-27) que a nivel convencional ha generado una serie de instrumentos y tratados internacionales, que como dije al principio, han servido para “oxigenar” al Derecho interno, confiriéndole pautas abarcadoras a nivel universal y regional, desplegando una pantalla protectora para el ser humano en cualquier lugar donde se encuentre.

Esto es lo que se ha dado en llamar la dimensión transnacional del Derecho y de la justicia (Cappelletti, Mauro, *Justicia constitucional supranacional*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. 28, N° 110, p. 361).

Desde ese punto de mira repárese que tanto la Declaración Universal, como la Declaración Americana, como el Pacto de San José de Costa Rica, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Convención sobre los Derechos del Niño, han diseñado un conjunto de reglas y pautas, en el sentido que vengo señalando, protegiendo el derecho a la familia, los derechos del niño, el derecho a la personalidad, etcétera.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sostiene en su Preámbulo que las potestades de cada uno están condicionadas

por las de los demás, lo que ratifica nuestra posición en el sentido de que si el hijo tiene derecho a solicitar su reconocimiento; su padre, si no cumple con ese “deber”, cae en ilicitud.

La Declaración Universal de la ONU dispone en su artículo 6 que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su *personalidad jurídica*, criterio ratificado por el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica, de similar tenor a lo normado por el artículo 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

El citado artículo del Pacto de San José de Costa Rica pone énfasis en recalcar que los sujetos de derecho son las personas. Los atributos que generalmente se le reconocen a éstas son el *nombre*, el estado civil, la nacionalidad, etcétera.

Justamente el artículo 18 del mencionado instrumento interamericano consagra el *derecho al nombre*, que faculta al hijo a utilizar el apellido de sus padres. Es éste un típico derecho a la identidad, ya que da la posibilidad de tener un nombre propio que diferencie a una persona de las demás (conf. art. 24.2 del P. I. D. C. P.).

En tal orden de ideas el artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica —*rectius*: Convención Americana sobre Derechos Humanos— dice que todo niño en su condición de menor tiene derecho a las medidas de protección por parte de la familia y el Estado. Con similar sentido la “Declaración de los Derechos del Niño” proclamada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1959 (véase *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. Naciones Unidas*, 1988-366) habla de la “obligación” entre otros de los padres de cuidar y respetar a los niños.

A su vez la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.849) y aplicable a los menores de 18 años, le impone a los padres una serie de “deberes” (arts. 3, 5 y 18), y le confiere a los hijos el “derecho” de conocer a sus progenitores (art. 7), y a tener su identidad (art. 8.2).

El artículo 32 del aludido Pacto de San José —*rectius* Convención Americana sobre Derechos Humanos— remarca esa dupla a la que antes hice referencia: “deberes y derechos”, de donde se infiere que si el padre no cumple con los derechos de su hijo, incumple sus deberes. De este precepto surge expresamente que toda persona tiene “deberes” para con su familia (ap. 1) y que los derechos de la persona están limitados por los derechos de los demás (ap. 2).

c) Conclusiones.

De lo que antecede surge que los padres tienen una serie de obligaciones y deberes con sus hijos, y que éstos gozan de un conjunto de derechos, entre ellos el de la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a conocer su identidad, etcétera; cuyo incumplimiento genera responsabilidad.

En consecuencia, admitida la existencia de ilicitud en la conducta del demandado, es dable recordar que esta Corte ha señalado que en tal situación, los daños causados merecen reparación (A. y S. 1962-I-645; causas L. 30.026 del 2-11-82, L. 33.545 del 31-8-84), criterio ampliamente ratificado por la doctrina y por la jurisprudencia de los demás tribunales (Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 4ª ed., p. 478; CSJN, en J. A. 1961-III-399).

No exime de responsabilidad al progenitor la eventual falta de culpa o negligencia, pues la indemnización por agravio moral no es punitiva sino resarcitoria, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad (Belluscio-Zannoni, *Código Civil comentado*, t. V, p. 113).

Se trata en definitiva de la responsabilidad de quien se sustrajo de un deber jurídico de reconocer a su descendencia, y que luego al ser demandado judicialmente no contribuyó para nada en despejar las dudas que razonablemente podía albergar su hijo en lo referente a su filiación (Zannoni, nota fallo, L. L. 1990-A-4).

Siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de los derechos de la personalidad antes señalados, la acreditación de la existencia de dicha transgresión (art. 375 del Cód. Proc.), importa al mismo tiempo, como dice Brebbia (*El daño moral en las relaciones de familia*, en *Derecho de Familia*, homenaje a Méndez Costa, p. 85) la prueba de la existencia del daño, que en autos ha sido considerada por el a quo, en uso de sus potestades jurisdiccionales que le son propias.

En lo referente al *quantum debeatur* el monto de la condena fue cuantificado por la Cámara, y para nada –a mi modo de ver– tal decisión entra en los carriles del absurdo, ya que evaluó las circunstancias particulares de la causa y la conducta del demandado a la que no son ajenas la suspicacia con que se permitió analizar el quehacer sexual de la actora pese a haber admitido una relación íntima entre ambos, ni la falta de prueba de la ignorancia que de la concepción adujo (v. fs. 144 vta.).

Para concluir reitero que no es de aplicación el artículo 1066 del Código Civil, pues como intenté demostrar, tanto el Derecho interno como el Internacional le imponen al padre el “deber” de reconocer a su hijo, y la negativa a hacerlo, en el caso particular de autos, genera responsabilidad civil.

Por lo expuesto, y por las razones que en sentido concordante ha brindado el señor subprocurador general, doy mi voto por la *negativa*.

A la misma cuestión planteada, el señor juez doctor San Martín dijo:

Adhiero al voto del doctor Hitters salvo en lo que atañe a la procedencia del daño moral, punto en el que considero la queja debe prosperar.

Tal como lo sostiene el recurrente se ha violado en el fallo la doctrina legal que emana de la causa Acuerdo 46.097 (sent. del 17-3-92). Se dijo allí

que afirmar que la mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de la filiación extramatrimonial constituye una ilicitud o, lo que es lo mismo, que es reprochable jurídicamente, está en pugna con el principio sentado por el artículo 1066 del Código Civil e importa una afirmación dogmática.

No resulta óbice para ello el hecho de que en el antecedente citado las circunstancias fueran diferentes a las del caso que hoy nos ocupa, desde que la causa del pedido de resarcimiento fue en ambos "la omisión paterna de reconocimiento" que, como se dijo, no constituye *por sí sola* una ilicitud en nuestro ordenamiento jurídico, no habiéndose indicado por el tribunal a quo cuál es la norma que prohíbe la conducta asumida por el demandado o cuál es la que impone una distinta.

Si lo que dejó expuesto es compartido, deberá dejarse sin efecto la suma justipreciada en concepto de indemnización por daño moral, y confirmarse en lo demás el fallo recurrido.

Se imponen las costas de esta instancia al demandado, desde que el éxito parcial del recurso no ha alterado su condición sustancial de vencido (art. 68, Cód. Proc. Civ.).

Con el alcance indicado y oído el señor subprocurador general, doy mi voto por la *afirmativa*.

A la misma cuestión planteada, el señor juez doctor Negri dijo:

1. Adhiero al voto del doctor Hitters y en lo que atañe a la procedencia de la reparación del agravio moral agregó lo que sigue:

La causa resuelta en Acuerdo 46.097 proponía un problema distinto ya que eran completamente diferentes sus circunstancias de hecho. Mediaban allí situaciones objetivas como la edad del menor y el hecho de que no hubiere habido negativa del padre a asumir su paternidad, que excluían la posibilidad de un daño moral. No está de más recordar que, como reiteradamente tiene resuelto esta Suprema Corte, la denuncia de violación de la doctrina legal debe estar necesariamente referida a situaciones similares, que no se dan en la especie.

2. En autos, la sentencia de grado decidió condenar a resarcir por agravio moral la omisión paterna de reconocimiento de una hija que contaba con 4 años de edad al momento de su dictado, luego de una obstinada negativa al contestar demanda (ver fs. 22 vta.); y si bien como dice el a quo esa resistencia cesó con el escrito presentado el 8 de junio de 1995 con posterioridad al dictamen de fojas 88/90 que determinó la paternidad del demandado (v. fs. 93), la condena tuvo por presupuesto los términos de la litiscontestación ya referida.

El artículo 1066 del Código Civil debe ser interpretado dentro de la urdimbre general de disposiciones del Código Civil que protegen a la familia: las que si bien atribuyen carácter unilateral al reconocimiento del hijo por el

padre (arg. arts. 248 y conec.) consagran simultáneamente el derecho de éste a reclamar su filiación (arg. arts. 254 y conec.) y castigan a quienes no lo hicieron voluntariamente durante su menor edad (art. 3296 bis).

En un contexto así no resulta posible extremar el significado de la expresión “expresamente prohibido por las leyes” del artículo 1066 del Código Civil, ni interpretarla de manera aislada.

El carácter voluntario del reconocimiento no lo convierte en un acto de arbitrariedad, ni lo desliga de principios fundamentales de derecho como el de no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo, bases del ordenamiento jurídico positivo.

En particular en un caso como el de autos sobre el que convergen dimensiones tan intensamente humanas.

La existencia del daño, motivo también de agravio para el recurrente resulta, con el alcance y extensión que le asigna la sentencia en recurso de la naturaleza misma de la preterición que se repara (conf. causas L. 33.545, sent. del 31-8-94; L. 36.489, sent. del 2-9-86; L. 36.625, sent. del 14-10-86).

Voto por la *negativa*.

A la misma cuestión planteada, el señor juez doctor Pettigiani dijo:

1. Liminariamente he de señalar, conforme lo sostenido en Acuerdo 59.680 (sent. del 28-4-98), que a “efectos de resolver, interesa igualmente determinar si el representante del incapaz está facultado para sustituir la voluntad de éste por la suya propia en materia tan trascendente como es la de accionar contra su propio padre por indemnización de daños y perjuicios.

”Resulta útil al respecto recurrir a la noción de representación, y para ello seguiremos la enseñanza de Llambías (*Tratado de Derecho Civil, Parte general*, 5ª ed. actualizada, Perrot, t. I, Nº 697 y ss., p. 414), quien nos dice que ‘la representación tiene lugar cuando se designa una persona para que sustituya al incapaz en el ejercicio de los derechos de éste, y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido’, agregando seguidamente una nota distintiva que nos parece esencial para la consideración de este tema: ‘El representante actúa por su sola iniciativa y sin concurso de la voluntad del incapaz, quien bajo este sistema queda en la más completa pasividad, siendo reemplazado por aquél en el manejo de sus intereses’ (ob. cit., Nº 608, p. 414).

”Señala poco más adelante que a diferencia del anterior (representación), el sistema de asistencia implica no una sustitución en el ejercicio de derechos, sino un llamado conjunto con otro a desempeñar ese ejercicio, es decir que no media prescindencia de la voluntad del sujeto como en la representación, sino que la asistencia ‘da lugar a una actividad compleja cuyo elemento voluntario está integrado por la voluntad del titular de los derechos ejercidos, completada por la voluntad de la persona que desempeña la función de contralor’ (Nº 6160, p. 415).

"Nos parece oportuno también recordar aquí las palabras de Cicu cuando expresa como evidente 'que los derechos que la ley concede al padre no se basan en un interés individual suyo, sino en el único interés a satisfacer, es decir, el del incapaz. No pudiendo ser defendido este interés por el incapaz, de interés individual suyo es elevado a interés superior de la familia y confiado sobre todo al padre como llamado por naturaleza a desempeñar tal misión' (Antonio Cicu, *La filiación*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, 1ª ed., p. 13, Nº 4).

"En este contexto, ¿podemos sostener que en materia de tantas implicancias psicosociales con proyecciones insospechadas en el futuro del individuo y la comunidad pueda el principal interesado mantenerse en la más absoluta pasividad mientras quien tiene atribuida por ley su representación hace y deshace supuestamente interpretando una voluntad que sólo adquiere el carácter de presunta, sin que pueda en rigor afirmarse que existe una necesidad impostergable ni las razones de necesidad y urgencia que pueden dar andamiaje a la perentoriedad de una tal acción, ya que la prestación alimentaria debida en todo caso en esa situación garantiza sobradamente la atención de las necesidades congruas o culturales, civiles y aun extraordinarias del menor?

"Ciertamente es que junto a la representación individual el menor se verá protegido por la representación promiscua que conforme a los términos del artículo 59 del Código Civil ejerce el Ministerio de Menores, pero esta intervención no es suficiente para sustituir su voluntad en un supuesto donde ninguna razón jurídica ni de otra índole parece militar para precipitar la decisión sobre la necesidad y conveniencia de promover demanda al progenitor. Máxime cuando hay quienes sostienen desde la doctrina y la jurisprudencia que los menores bajo patria potestad (en el supuesto de que ésta sea ejercida por el restante progenitor) no se encuentran sometidos a la representación que establece el artículo 59.

"No se trata aquí de suplir la ausencia de representante mediante la designación de tutor o curador, en ausencia de los padres, ni de controlar la gestión de aquéllos, o una contratación o el manejo de sus bienes, ni asegurar los bienes o la persona del menor, ni de sustituir la inactividad de aquéllos, ni de proteger la existencia e intereses de una persona por nacer, ni de oponerse al matrimonio que se pretenda celebrar mediando la existencia de impedimentos, ni de deducir la nulidad del matrimonio celebrado en los casos del artículo 219 del Código Civil, ni en fin de la crítica exigencia del artículo 272 del Código Civil.

"Se trata de una acción que en nuestro concepto es diferible en el tiempo y esencialmente personalísima, porque el derecho mismo que se tiende a vehicular es personalísimo, y no media ninguna razón de urgencia que imponga su promoción (atento la ya mentada obligación de alimentos).

"En una línea de pensamiento coincidente se ha sostenido que 'los pesares de la actora a consecuencia de la falta de reconocimiento voluntario por parte del padre de su hijo y las consecuencias que ello pudo haber traído en su entorno social, no permite que pueda invocar la violación de un interés jurídico legítimo que sustente la posibilidad de reparación del daño moral sufrido. El interés tutelado por el derecho es el del emplazamiento del hijo y éste sólo puede ser ejercitado por él, por cuanto se trata de una acción personalísima' (cita de Pizarro, Ramón Daniel, en *Daño moral*, p. 531).

"Prosiguiendo con Llambías, entendemos como actos personalísimos 'aquellos que por su naturaleza sólo están librados a la discrecional voluntad del autor del acto, de manera que se entienden ajenos al cometido de aquellos representantes' (los que invisten representación genérica, de la cual actos tales quedan exceptuados) (ob. cit., N° 616, p. 418).

"Ejemplifica este recordado jurista actos tales como el matrimonio, el reconocimiento de filiación, el testamento, la acción de divorcio, la revocación de donación por ingratitud del donatario, etcétera.

"Por nuestra parte creemos posible ubicar junto a ellos toda eventual acción que se otorgue al menor por indemnización de daños y perjuicios contra alguno o ambos de sus progenitores dentro de los límites y con los condicionamientos apuntados. En efecto, admitida tal posibilidad cuando el padre ha sido privado de su patria potestad por alguna de las causales que prevé el artículo 307 del Código Civil, como antes vimos, creemos que puede seguirse con el menor en lo pertinente el temperamento que predica Llambías respecto del Ministerio de Menores: 'promover las acciones judiciales [...] que pudieran perjudicarse por una dilación [...] si la deducción de la acción puede postergarse sin perjuicio de los intereses del incapaz, debe hacerse así [...] Entre las acciones que típicamente no admiten demora, están las destinadas a interrumpir una prescripción' (ob. cit., N° 624 b, p. 423). Sucede que sólo el propio menor, y no su representante puede para nosotros decidir la oportunidad y conveniencia de iniciar un juicio tal y en cuanto al transcurso del tiempo, está como diremos más abajo, neutralizado por el mecanismo tuitivo de la suspensión de la prescripción, de indudable operatividad en el caso.

"Adviértase que en cada supuesto de derecho personalísimo el legislador ha fijado edades para posibilitar su ejercicio: 16 años las mujeres y 18 los varones para contraer matrimonio (art. 166, inc. 5°, Cód. Civ.), con asentimiento de sus representantes legales o del juez (art. 168, Cód. Civ.), o dispensa judicial los menores de esa edad (art. 167), 14 años para reconocer hijos extramatrimoniales (art. 286), 18 años para otorgar testamento (arts. 3614 y 286, Cód. Civ.), en estos casos sin anuencia de sus representantes; para ejercitar la acción de divorcio será necesario al menor haber podido en función de la edad contraer matrimonio válido, y análogamente, para revocar la do-

nación por ingratitud del donatario habrá que tener previamente aptitud legal para donar (que se adquiere a los 14 años —a los 18 para Borda— en el caso del menor que ejerce profesión o industria, conf. Aída Kemelmajer de Carlucci, *La capacidad civil del menor que trabaja*, Astrea, 1976, ps. 126 y ss., N° 10). Por otra parte, así lo señala Llambías, al enfatizar que ‘los actos personalísimos, por lo general, tienen un régimen peculiar de capacidad’ (ob. cit., N° 616, p. 419).

”Creemos por nuestra parte que el menor —conceptuado el accionar contra su progenitor por daños y perjuicios como un acto personalísimo— considerado incapaz en razón de no alcanzar la edad de 21 años, no podría hacerlo hasta esa edad ni tampoco, como dijimos, su representante legal, dada la falta de extensión de la representación a esa clase de actos (Llambías, ob. cit., N° 616, p. 419).

”Es por otra parte la tesis que surge, en materia análoga a la aquí tratada, de nuestra legislación. En efecto, en el caso de la adopción simple, se prevé la posibilidad de su revocación pero para que ello ocurra debe mediar petición justificada del adoptado *mayor de edad* o acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera *mayor de edad*. En los restantes supuestos (haber incurrido en indignidad el adoptante o adoptado, o haberse negado alimento sin causa justificada) se trata de causales similares a las que provocan la privación de la patria potestad, y se fundan en motivos de indudable gravedad, que inciden particularmente en perjuicio del adoptado menor de edad, por lo que en estos casos, en principio, se justifica la intervención preventiva del representante legal, que en el caso será un tutor ad litem sin perjuicio de la representación promiscua del Ministerio Pupilar —artículo 59, Código Civil—.

”Pero de no mediar tales razones de premura, que en aras de la protección del menor, susceptible de grave afectación en su integridad física y psíquica, tornan impostergable la actuación del Estado en su defensa, como ‘la rescisión de la adopción presupone, sin explicitar, la presencia previa de causas o razones graves que tanto adoptante como adoptado juzgan intolerables en la convivencia [...] no interesa tanto [...] si se admite o no la rescisión o revocación consensual como la madurez que el acto en sí implica, en la valoración de sus consecuencias’, lo que ‘por su naturaleza, sólo es viable luego que el adoptado llega a la mayoría de edad puesto que antes no es plenamente capaz de obrar y menos aún de manifestar un consentimiento maduro de una decisión tan trascendente como ésta. Por otro lado no parece congruente que siendo la adopción una institución de tutela a la minoridad, el menor, mientras no alcance la mayoría de edad, pueda convenir —aun cuando representado por el Ministerio Público— la rescisión de la adopción. Todo lo cual, por supuesto, sin perjuicio de la sujeción del adoptante a las normas que, a título de sanción,

le sean aplicables ante el incumplimiento de los deberes emergentes del ejercicio de la patria potestad' (Zannoni, Eduardo A. y Orquín, Leopoldo M., *La adopción y su nuevo régimen legal*, Astrea, Buenos Aires, 1972, ps. 209 y 210/211).

"Advertimos la coincidencia del razonamiento con el que antes expusieramos. Salvo necesidad de actuar surgida ante el incumplimiento de deberes impostergables que hacen al ejercicio de la patria potestad, no se advierte la conveniencia ni posibilidad de adoptar decisiones apresuradas, que superan la inmadurez que la ley presume respecto de los menores.

"Sin perjuicio de ello, dado que se reputan hechos con discernimiento los actos lícitos practicados por menores adultos (art. 921, Cód. Civ., *a contrario*), y que tales menores pueden comparecer en juicio autorizados por el padre (arts. 281 y 264 quáter, inc. 5º, Cód. Civ.), lo que se funda en que nadie mejor que el padre puede saber si, cesada la impubertad el menor está suficientemente capacitado para comparecer por sí en juicio (conf. Llambías, *Código Civil anotado*, t. 1, Abeledo-Perrot, 1982, com. art. 281, N° 1, p. 944), excepcionalmente será facultativo para el menor de 14 años cumplidos o más, si se siente capacitado para ello, cuando su padre se encuentre privado de la patria potestad, o se hubiere accionado simultáneamente contra el mismo por tal privación, demandar la indemnización por daños y perjuicios, para lo cual debería contar con la pertinente autorización del restante progenitor que conserve el ejercicio de la patria potestad (art. 264, inc. 3º, Cód. Civ.) y con intervención del Ministerio de Menores (conf. SCJBA, L. L. 80-134).

"No obstante, consideramos que, atento la situación de enfrentamiento que, habitualmente existe entre ambos progenitores, a efectos de evitar perniciosas manipulaciones o influencias que procuren extender la virulencia del conflicto al menor, y su utilización con fines subalternos por el padre que detente el ejercicio de la patria potestad, u obviamente cuando ésta no haya sido privada todavía a aquel contra el cual se peticiona, en situaciones tales deberá ser el juez quien confiere la autorización (arts. 264 quáter, párrafo final, 282 y 285, Cód. Civ.), para lo cual deberá tener prioritariamente en cuenta 'lo que convenga al interés familiar', atento el *standard* que consagra el 264 quáter *in fine* del Código Civil.

"Esta conveniencia para el interés familiar puede suponer que el juez entienda que el menor no puede ejercitar, hasta que no llegue a la mayoría de edad, la acción de marras, fundado en los elementos de juicio a los que acceda y en las circunstancias del caso, las que procurará conocer minuciosamente, en su expresión real, para lo cual podrá valerse de equipos auxiliares interdisciplinarios e intentar la conciliación, si fuere pertinente.

"Todo ello no empuja a que el juez pueda apreciar en ejercicio de sus facultades ordenatorias, la esclarecida decisión del menor, ya que su incapa-

cidad 'reside, en suma, sobre una presunción legal de inaptitud natural que, como todas las presunciones, puede ser contraria a la realidad de los hechos' (Ambroise Colin y Henri Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil français*, Paris, Dalloz, 1931, t. I, 7ª ed., p. 451, N° 437). Una de las ideas generales que dominan la materia es, para Colin-Capitant, que 'el menor está autorizado por la ley para hacer él mismo los actos que no le pueden generar para él ningún efecto perjudicial' (ob. y lug. cit.).

"Pareciera ser ésta una solución que compatibiliza el derecho que consagra el artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño de expresarse libremente en los asuntos que le afectan con las restantes normas constitucionales e infraconstitucionales que rigen su capacidad y atienden su propio interés y el familiar comprometidos.

"Es del caso recordar, en este punto, que la privación de la patria potestad —a diferencia de la pérdida en el régimen legal anterior— es esencialmente revocable, pudiendo ser restituida hasta los 21 años 'si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos' (art. 308 del Cód. Civ.), norma que se ajusta a los dictados de las convenciones incorporadas a nuestra Constitución Nacional.

"Esta posibilidad reintegratoria está indicando la eventual inconveniencia de autorizar el ejercicio de la acción de responsabilidad antes de que el menor alcance los 21 años, ya que hasta esta edad estaría en principio siempre latente una eventual restitución de la patria potestad, con lo que se daría la paradoja de que el inicio de la acción resarcitoria podría coincidir con un pedido de reingreso a la relación familiar.

"Hemos reparado en el riesgo de que se interprete que una eventual modificación de la conducta del progenitor a quien se atribuye la generación del daño obedezca no a razones de afecto, sino de mera conveniencia, de un cínico utilitarismo, para intentar evitar la interposición de una demanda indemnizatoria en su contra, o que desde otro ángulo, se recepte la demora en iniciar tal demanda como una tentativa de 'comprar un padre'. Por ello, sin dejar de mencionar que conductas especulativas de este tipo pueden acompañar permanentemente una relación familiar, manipulando la misma, hacemos hincapié en la importancia de que sea una decisión reflexiva y madurada la que en todo caso dé vía libre al reclamo, y que se evalúe en todo tiempo la evolución que sigan los comportamientos. No podemos por una excesiva generalización, presumir como interesado todo cambio que se advierta en la conducta de un individuo con beneficio de la relación familiar.

"A pesar de tratarse de una decisión personalísima, en lo cual no cabrá admitir interferencias foráneas, teniendo el reclamo un contenido marcadamente patrimonial, consideramos procedente la designación de un tutor especial, cuya actuación se circunscribirá a la defensa de los intereses del menor

conexos exclusivamente al reclamo por indemnización de daños y perjuicios, sea en su determinación y cuantificación previas, a los efectos de viabilizar e implementar el reclamo; sea en la eventual administración de los ingresos provenientes del cumplimiento de la posible sentencia que haga lugar a aquél (arts. 282 y 397, inc. 1º, Cód. Civ.)”.

2. Realizadas tales consideraciones, y en lo relativo al tópico de prescripción, en el Acuerdo citado también tuve oportunidad de expedirme respecto del mismo en estos términos: “En tanto el menor no accione, dado que se encontrará en una verdadera imposibilidad de hacerlo (falta de autorización) o simplemente teniendo en cuenta que no se le puede compeler a iniciar tal acción antes de cumplir los 21 años, no correrán a su respecto los términos de prescripción de la acción. En efecto, nos encontramos aquí frente a las dos causas que según refiere Salvat establece nuestro Código Civil para la suspensión de la prescripción, ‘beneficio que la ley acuerda en consideraciones y motivos de carácter especial’, las cuales son ‘1º Las fundadas en la incapacidad de las personas, como ocurre en los casos de minoridad y demencia (art. 3966); 2º Las fundadas en las relaciones que median entre las personas o en la situación particular en que se ha encontrado el propietario o el acreedor, como sucede en el caso de suspensión de la prescripción entre esposos o a favor de la esposa (arts. 3969, 3970 y 3971)...’ (Raymundo M. Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en general*, 4º ed., Buenos Aires, 1941, N° 2091).

“Estamos frente a un *menor* que se encuentra en una *situación particular*, dado la *relación* que media con su progenitor. Por ello, la vigencia de la suspensión se impone, dado que se concentran absolutamente todas las causales que la justifican.

“Por otra parte, es de estricta justicia aplicar la máxima romana *contra non valentem agere non currit præscriptio*, que exime del curso de la prescripción toda vez que quien se vería perjudicado por ella se hubiese encontrado en la imposibilidad de actuar, como sucede en la especie (conf. Salvat, ob. cit., N° 2092, nota 104, quien cita el Código, Lib. 7º, Tít. 40, ley 1º, par. 2 *in fine*, *quis enim incusare cos poterit. si hoc non fecerint, quod, etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant* porque, ¿quién podrá acusarlo, si no hubieren hecho lo que, aunque hubieren querido, no podrían en manera alguna ejecutar por impedírselo la ley?)”.

3. Asimismo, y en lo que respecta al alcance de la sentencia que se dicta en materia filiatoria, en el Acuerdo 56.647, sentencia del 17 de febrero de 1998, he expresado, en lo que aquí interesa, que “no puede afirmarse sin mengua de todos estos principios doctrinarios, legales y hasta de orden constitucional, que el padre no tenga la patria potestad en tanto no medie reconocimiento.

"La ley le atribuye ese poder-deber desde el mismo momento en que la concepción lo ha hecho padre, sin que su voluntad tenga aptitud para relevarlo de tal titularidad (En nuestro Derecho entendemos que el art. 872, Cód. Civ., coloca una barrera infranqueable a la posibilidad de la renuncia, ya que no puede ponerse en duda que el derecho-deber de la patria potestad ha sido concedido menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, bastando simplemente imaginarse una sociedad en la que todos los padres de una sola vez pretendieran renunciar a lo que es una verdadera carga impuesta no ya por la ley, sino por la propia naturaleza).

"Si aún se sostuviera que no tiene atribuido el derecho hasta el reconocimiento, sostenemos con Cafferata que ese reconocimiento es declarativo, no atributivo del estado civil. No lo crea, sino que pone de manifiesto la filiación de la cual emana (José Ignacio Cafferata, *La filiación natural*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1952, N° 10, p. 162), le hace ostensible. Crea el emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial, pero no el hecho del cual surge (Llambías, *Código Civil anotado*, t. I, com. art. 332, N° 4, p. 1049, con cita en sentido concordante de Segovia, Machado, Busso, Borda). Al respecto agregamos con Llambías que el reconocimiento 'es atributivo de estado civil' (Lafaille, Cafferata), pero éste es preexistente al acto de reconocimiento, y subyace potencialmente en el hecho de la filiación. De este carácter se desprenden importantes consecuencias: 1) Tiene efecto retroactivo en lo que hay coincidencia total en doctrina. El reconocimiento tiene efectos retroactivos al día de la concepción (Machado, Segovia, Busso, Lafaille, Borda, López del Carril) [...] 2) En cuanto a la capacidad del sujeto activo no se requiere la capacidad propia de los actos jurídicos en general (Borda); bastando la capacidad de discernimiento y aptitud para la generación (Lafaille)' (ob. y lug. cit.).

"Por su parte, María Josefa Méndez Costa tras sostener que el reconocimiento es declarativo de estado porque 'la causa de la filiación es el hecho biológico y no la voluntad del reconociente manifestada en el reconocimiento' establece como consecuencia el carácter retroactivo a la concepción del hijo, efecto que también adjudica a la sentencia que declara la filiación acogiendo favorablemente la demanda que emplaza al actor en el estado de hijo extramatrimonial del demandado (*Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, t. II, N° 6, ps. 71/72 y N° 18, p. 107).

"Cierta doctrina francesa reciente parece acompañar nuestra tesis. Así, Weill-Terre y Bernabent coinciden en que el reconocimiento tiene carácter declarativo y consecuentemente produce un efecto retroactivo.

"Con el reconocimiento, sea voluntario o forzoso, el padre ostensibiliza el derecho-deber de patria potestad, que se encuentra titularizado en su persona desde la concepción del hijo, independientemente de su voluntad, y aun de

su conocimiento (podríamos establecer un simil en lo que ocurre con el heredero –aunque en este caso no cabe la renuncia, principio del art. 3420, Cód. Civ.–). Con prescindencia de cómo se juzgue su actitud frente a tal circunstancia, porque este deber (en esta etapa se encuentra objetivamente priorizado con relación al derecho), lo tiene atribuido por la naturaleza misma, es anterior y preexistente a la ley, y se fundamenta en la generación.

”Chiovenda, Rosenberg y Alsina también distinguen los tres tipos de sentencia: declarativas, de condena y constitutivas (Chiovenda: *Istituzione di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1933, vol. I, ps. 169 y ss.; Rosenberg: *Lehrbuch des Deutschen Zivil prozessrechts*, Berlin, 1931, p. 161; Alsina: *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1942, vol. II, ps. 552 y ss.).

”Por su parte, Santiago Sentís Melendo precisa que ‘el concepto de declaración (acción declarativa, sentencia declarativa o proceso declarativo) es un concepto genérico; el concepto de mera certeza es un concepto específico; y se presta a gran confusión utilizar para ambos el mismo vocablo, como viene haciéndose corrientemente, debido como muy bien explica Couture, a la carencia en nuestro idioma de un vocablo que traduzca el italiano *accertamento* o el alemán *Feststellung* [...] y el inconveniente puede evitarse dando a estos tres tipos de sentencias, acciones o procesos las denominaciones de declarativas de condena, declarativas de constitución y declarativas de certeza, con lo cual se recoge el concepto genérico y se establece una especificación correcta’ (*La ciencia procesal argentina*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, año I, 1943, segunda parte, p. 55)”.

Así, concluí en que “la sentencia que admite el estado de hijo extramatrimonial es de reclamación y declarativa de estado (declarativa de certeza de estado en la terminología de Sentís Melendo), quedando el hijo emplazado como hijo extramatrimonial del padre o madre demandados (ver además M. J. Méndez Costa, *La filiación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, N° 169, p. 284; Belluscio, César A., *Manual de Derecho de Familia*, t. I, 4ª ed. actualizada, N° 20, p. 56, Buenos Aires, 1986). Sólo reconoce una situación jurídica anteriormente existente. Por lo tanto, su efecto propio es la retroactividad al momento en que quedó constituida la relación o situación jurídica a la cual refiere”.

4. Como lo hice en el acuerdo mencionado en primer término adhiero al voto del doctor San Martín, si bien en lo que respecta al rechazo de la indemnización pretendida por daño moral, arribo a igual solución por distinta vía argumental.

Ha señalado el distinguido colega que me precedió en la votación, doctor Negri, que las relaciones de familia revisten “dimensiones tan intensamente humanas”, y que no resultan exentas de la aplicación de principios funda-

mentales del Derecho, como son “el de no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo, bases del ordenamiento jurídico positivo”.

Pero esas reglas del *alterum non laedere* y del *ius suum cuique tribuere*, precisamente por el sector del mundo jurídico en el cual en este caso están llamadas a recibir aplicación, no admiten una traducción en iguales términos que cuando su destino se dirige a otras zonas del Derecho.

Estoy haciendo referencia a esa “naturaleza específica del Derecho de Familia, cuya particularidad tiende, cada vez más, a la sanción de código separado para regir la básica institución social” (Enrique Díaz de Guijarro, *Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio*, en J. A. 1983-III-625).

No voy a insistir demasiado en este tópico, ni voy a señalar con peculiar detenimiento cuáles son las particularidades y especificidades a que me refiero, por cuanto las mismas han sido hartó señaladas por la generalidad de la doctrina, a partir de las laboriosas y atinadas observaciones del maestro Cicu, que si bien suscitaban fuertes críticas desde caracterizados exponentes del pensamiento jurídico universal, sin embargo inmortalizaron su obra sobre *El Derecho de Familia*, que viera la luz en 1914, desde su cátedra en la Universidad de Bolonia, poniendo de resalto aspectos hasta entonces inadvertidos de la institución familiar y de su consecuente regulación jurídica.

Simplemente a modo de síntesis, recojo en lo sustancial el reconocimiento y las consecuencias trascendentes que se siguieron de tal labor, expresadas magníficamente por un jurista de la talla de José Castán Tobeñas (*Derecho Civil español, común y foral*, t. V, vol. 1, 8ª ed., Reus, Madrid, 1961, ps. 40/41) quien señaló “Que aunque la tesis de Cicu peque en algunos puntos de exagerada, sobre todo en términos de derecho constituido [...] hay que reconocer que tiene razón, cuando menos, en lo esencial de su apreciación sobre las particularidades que ofrece el Derecho de Familia, destacándolo de las demás ramas del Derecho Privado”.

5. He tenido oportunidad de sostener, antes de ahora, honrándome en acompañar en esa posición a quien recientemente el doctor Jorge Mosset Iturraspe (su discurso de apertura en el V Congreso de Derecho Internacional de Daños, Buenos Aires, 24-4-97) definiera como el más grande civilista de Latinoamérica, el doctor Guillermo A. Borda (participando en la misma postura en esa oportunidad el Dr. Di Lella), que la responsabilidad civil por daños en instituciones propias del derecho personal de familia excluye la aplicación de los principios generales propios de aquella responsabilidad (Jornadas de Derecho Civil –Familia y Sucesiones– en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 8 y 9 de noviembre de 1990, publicadas en el excelente trabajo de Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, *Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, en L. L. 1991-A-950).

A pesar de que tal postura apareció en aquella oportunidad como francamente minoritaria, es la que posteriormente explicitó el nombrado Díaz de Guijarro, y había sido defendida casi concomitantemente en un valioso fallo por la doctora María Teresa Estévez Brasa (integrando la CNCiv., sala B, *in re* “V. de D., N. c/D., R. M.”, 13-6-90, E. D. 139-269), quien textualmente sostuvo que “La aplicación genérica de los principios de responsabilidad civil (art. 1078) no puede viabilizarse en una materia tan específica como el Derecho de Familia”.

Por su parte, hubo quienes, aun cuando a la sazón compartieron la tesis mayoritaria, sosteniendo que las reglas generales del sistema de responsabilidad civil resultaban aplicables a las relaciones de familia, formularon una significativa salvedad, haciendo notar que “el principio según el cual quien causa culpablemente un daño injusto debe repararlo no es absoluto. Hay casos en los cuales se niega la acción resarcitoria, se exige un factor de atribución especial (dolo, culpa grave), se modula el de culpa (*quam in suis*), o se pondera el daño con referencia individualizada a los sujetos de la relación”, y que “Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta esas características del sistema vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia, y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad”. Finalmente alertan que “la aplicación indiscreta de criterios indemnizatorios ajenos a las circunstancias propias de las relaciones de familia arrastra el peligro de desalentarlas, y poner de tal modo en crisis a ese núcleo social” (Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, *ob. cit.*).

En similar sentido surgen autorizadas opiniones doctrinarias y fallos que advierten sobre las consecuencias imprevisibles de admitir responsabilidades indiscriminadamente en esta materia.

Un ilustrativo artículo cuya autoría pertenece a Ricardo Lorenzetti (*Sistema de Derecho Privado actual* –que expone ideas desarrolladas en la obra *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, 1995–, en L. L. 1996-D-1337) resalta que “la protección de los derechos individuales tiene su impacto colisionante en instituciones públicas como la familia. Así, se ha señalado reiteradamente que la protección excesiva del individuo es destructiva de la familia, puesto que el interés individual colisiona con el interés de la institución familiar” (con cita de Majello, Ugo, *Dalla tutela dell'interesse superiore a quella della persona, devoluzione dell'esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, p. 109 en *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi tra crisi dogmatica o riforme legislativa*, Cedam, 1991).

Por su parte, Julio Cucto Rúa comenta un caso resuelto por el Tribunal de Apelaciones del Estado de Illinois, en el que un hijo reclama los daños sufridos al ser concebido adulterinamente por su padre. El progreso del reconocimiento de la paternidad y la condición de “bastardo” en que se sumió

al hijo, junto al engaño respecto de la madre de sus posibilidades de contrar matrimonio parecen ser decisivos al ser probados como condición de atribución de responsabilidad.

El tribunal, sin embargo, considera los eventuales reclamos que podían seguirse en casos similares si se sentara tal precedente, dado el número de hijos nacidos en esa situación y haciendo una evaluación del daño resarcible. Concluye que “se estimularía a quienes llegaran a este mundo bajo condiciones que pudieran considerar adversas. Uno podría procurar la indemnización de daños y perjuicios por haber nacido de cierto color, otro por razones de raza, otro por haber nacido afectado por una enfermedad hereditaria, otro, por haber heredado características familiares desafortunadas, uno por haber nacido en el seno de una familia numerosa y desprotegida, otro porque uno de sus padres gozaba de una mala reputación”, y que “si hemos de contar con la acción en razón de un concepto tan innovador como el de vida ilícita, debiera llegar luego de un estudio completo de las consecuencias” (*Lógica y experiencia en el Derecho [a propósito de “Zepeda vs. Zepeda”]*, en L. L. 1991-D-955).

Es muy ilustrativo recorrer este tramo de la decisión judicial, por su, para nosotros, desusado razonamiento, ordenado sobre una base absolutamente empírica: “El reconocimiento de la demanda promovida por el actor implica la creación de un nuevo acto ilícito (*tort*): una acción por vida ilícita (*wrongful life*). Las implicancias jurídicas de tal acto ilícito son vastas: su impacto social podría ser conmovedor (*staggering*). Aun si el nuevo litigio se limitara a los ilegítimos sería formidable. En 1960 tuvieron lugar 224.330 nacimientos ilegítimos en los Estados Unidos. 14.262 en Illinois y 10.182 en Chicago (*Vital statistics of the United States 1960*, vol. 1, Sec. 1 y 2, 1962). No sólo se registran más nacimientos año a año (en Illinois y en Chicago el número de 1960 dobló el número de 1950); además aumenta la relación de hijos ilegítimos e hijos legítimos. Tal aumento se encuentra certificado por un informe del Departamento de Salud Pública de Illinois dado a conocer en 1962. Este informe puso de manifiesto que en Chicago, durante 1961, de los 87.989 nacimientos vivos 11.021 fueron ilegítimos, una relación de 8 a 1. En 1951 de un total de 81.801 nacimientos, 5.212 fueron ilegítimos, una relación de 15 a 1. La relación actual de Chicago es el doble de la del Estado y más de tres veces de la Nación. El número de los niños que subsisten como ilegítimos es también de importancia al estimar el número de los futuros litigios posibles. No se cuenta con cifras precisas pero un informe preparado en octubre de 1962 por la Comisión de Ayuda Pública de Illinois puso de manifiesto que en el Condado de Cook a diciembre de 1961 había 54.984 niños ilegítimos inscriptos en el Programa de Ayuda a Niños Dependientes. El informe nada decía acerca de cuántos de esos niños no podían ser legitimados. *La mayor*

amplitud de las puertas abiertas a los litigios deben llevarnos a actuar con cautela en la aprobación de la nueva acción, pero, tal mayor amplitud no nos paralizaría. La demanda del actor no debería ser rechazada porque pudiera haber otras de igual mérito. No son las demandas futuras de los hijos ilegítimos las que nos preocupan por más grande que pudiera ser el número de los juicios que se promovieran. Lo que nos perturba son la naturaleza de la nueva acción y el tipo de las nuevas demandas relacionadas que así se verían estimuladas. *Se estimularía a quienes llegaran a este mundo bajo condiciones que pudieran considerar adversas...*" (p. 958). "El interés de la sociedad se encuentra tan involucrado que los criterios requeridos para corregir el acto ilícito cuestionado debieran ser establecidos por los representantes del pueblo" (p. 959).

Cueto Rúa finaliza su comentario con esta síntesis: "Cada hijo ilegítimo es un demandante potencial. A decenas de miles de nacimientos ilegítimos anuales podrían corresponder decenas de miles de demandas por indemnización de daños y perjuicios contra los padres naturales. No se necesitaría mucha argumentación lógica para extender la responsabilidad a la madre por los daños sufridos por su hijo nacido ilegítimo. Ella prestó su consentimiento al acto sexual y tuvo conciencia de las consecuencias de su acto. Esta simple extensión del concepto (de padre a padres) duplicaría el número de demandados [...] Tal volumen de litigios ahogaría la administración de justicia, la congestión litigiosa provocaría un movimiento de causas cada vez más lento hasta llegar a la virtual paralización del trámite..." A esa consideración se sumó "la preocupación que exteriorizaron los jueces ante la creación de una nueva clase de acto ilícito (*tort*) constituido por la concepción y el nacimiento de hijos emplazados en el *status* del hijo ilegítimo [...] Para cualquier pareja la relación sexual podría transformarse en una bomba de tiempo. Los padres concebirían un hijo que los podría demandar si él pudiese considerar su vida como vida ilícita, por defectuosa, dañosa o frustratoria de expectativas humanas" (p. 960).

El pragmatismo que tiñe el fallo puede provocarnos cierta reticencia, pero no nos oculta sin embargo la gravedad de la situación que describe como posible. La enunciación de casos que resultarían susceptibles de generar responsabilidad por daños causados por los padres a los hijos podría elevarse al infinito, como también a la inversa podríamos imaginar supuestos de responsabilidad filial por daños infligidos a sus padres.

Así, a la lista precedente podríamos agregar situaciones tales como la pretensión de indemnización por eventuales daños irrogados en razón del escaso tiempo dedicado por el progenitor a educar, instruir o recrear a su hijo; en razón de una supuesta y difícilmente mensurable carencia de afecto; como consecuencia de encontrarse inmerso en un hogar desquiciado por las

continuas reyertas y desencuentros de los padres; por una mala elección del instituto educativo al que concurren por decisión de ellos; por haberle impedido bajo pretexto de necesidades de instrucción la práctica de un deporte altamente remunerado para el cual el hijo tenía condiciones descolantes o por haber elegido la especialización del bachillerato en lugar de las artes y oficios; por la adicción al tabaco, al alcohol o a las drogas de la madre que abusó y aun simplemente usó de dichas prácticas durante el embarazo; por no haberle impulsado y posibilitado el estudio de un idioma, de computación, o el aprendizaje de natación, o cualquier otra habilidad imaginable; por no haberle dado hermanos por una decisión voluntaria de los padres, y aparejarle supuestos problemas que se seguirían de su condición de hijo único; por llevar adelante, por elección propia o razones laborales una vida itinerante, desarraigándolo permanentemente de sus amistades; por haberle engendrado su madre siendo soltera, privándole así de la posibilidad de tener un padre matrimonial y aun engendrándolo con un desconocido; por la inexperiencia de los padres al contraer matrimonio y los errores incurridos consecuentemente con motivo de su desconocimiento de la crianza de hijos; por las preferencias endilgadas a aquéllos respecto de un hermano en supuesto detrimento de otro; por la avanzada edad en que fuera concebido por el padre, con las desventajas que algunos atribuyen a los llamados “hijos de la vejez”; por la desventura del padre al que en una cacería, por una fatalidad se le dispara el arma de fuego hiriendo gravemente a su hijo, o que jugando con él cae pesadamente sobre su pierna y le produce una fractura; o que por una torpeza provoca un escape de gas o un incendio con consecuencias lamentables; y así podríamos prolongar la lista de posibles entuertos hasta el infinito.

También cabría añadir a lo anterior los agravios enfocados desde el punto de vista inverso, traídos esta vez por los padres. Así habrían de computarse los “dolores de cabeza” ocasionados a los padres como consecuencia de la inconducta de sus hijos, particularmente cuando éstos tienen capacidad de discernir: el incumplimiento de sus deberes de estudiante; el daño causado en su automóvil o en otro objeto valioso de su pertenencia; los daños generados hacia terceras personas, etcétera.

Y si seguimos avanzando, podríamos llegar a situaciones verdaderamente paroxísticas, como la que se crearía si el reclamo no fuera ya entre padres e hijos, sino entre nietos o sus descendientes y abuelos, y aun entre hermanos (como por ej. si éstos accionaran contra uno de ellos, que al haberse introducido en aguas profundas y corrientosas, poniendo en peligro imprudentemente su vida, hubiese provocado la pérdida de la del padre, que prestamente se arrojó para salvarlo).

El hijo agredido por la violencia paterna, podría advertir que la actitud de su padre no es innata en él, sino adquirida como consecuencia de haber

sido criado a su turno por un padre igualmente violento y golpeador, que resultaría así, salvo que por su parte invocara y acreditara haber sufrido igual trato de sus ancestros, el origen verdadero de una actitud que pone en riesgo la propia viabilidad del proyecto familiar emprendido.

Un verdadero torrente de reclamos se generaría a partir de las consecuencias inmediatas, mediatas previstas o previsibles, y aun casuales, en los términos del artículo 905 del Código Civil (que en rigor serían mediatas, por resultar subjetivamente previsibles) de los hechos dañosos protagonizados por los antecesores de quienes invoquen y prueben su calidad de víctimas.

Dado que el progenitor proyecta con fuerza inusitada múltiples aspectos de su personalidad a sus hijos, sean éstos naturales o por adopción, no será difícil descubrir en tales comportamientos reminiscencias de anteriores generaciones.

Cierto es que —dada la libertad que preserva al hombre de un determinismo ciego— cada generación incidirá en una proporción variable en el producto o resultado final, y que en consecuencia el daño podrá configurarse en forma concurrente, como también que no todas serán repercusiones negativas en el linaje originado, por lo que cabrá computar —en miras a una adecuada compensación— también las influencias benéficas que puedan atribuirse a los mayores.

Pero ciertamente este mar de hipótesis no sólo será útil para afirmar un sentido de justicia, sino que probablemente —por las dificultades que arroje la determinación del origen de cada consecuencia y los resentimientos profundos que creen o alimenten este tipo de indagaciones y atribuciones provisionarias o definitivas de culpabilidad— se traduzca en una marcada situación de iniquidad y de desintegración. También en un natural retraimiento a crear nuevas vidas, por cuanto cada una de éstas vendrá con una extensa lista de potenciales deudas a cobrar por daños atribuibles a factores genéticos y atávicos, y con una columna permanentemente abierta en el debe para contabilizar previsibles desaciertos en el por cierto extenso período de la minoridad.

La disminución en las tasas de matrimonialidad y natalidad como de hecho está sucediendo principalmente en los países europeos y en general en el mundo, probablemente encontrará en estas circunstancias una nueva causa de agravación.

¿Qué juicio podría merecernos la actitud del hijo que, habiéndole dispensado sus padres adoptivos todo el afecto y cuidado que son capaces, pero omitido —frente al total abandono de que fue objeto— referirle su origen, les demandase por el daño inferido a su derecho de conocer y de poder averiguar su identidad; o que estuviese disconforme con el hecho mismo de la adopción y por la calidad de educación impartida por sus padres adoptivos, o por el daño que le causa el divorcio de sus padres adoptivos?

¿Qué podríamos decir del caso en que la madre abandona a su hijo, bajo la fuerte influencia de estados emocionales propios del puerperio, o de presiones familiares, o de personas ubicadas en su entorno, o del mismo medio social que la rodea, y luego, arrepentida de tal conducta, procura reencontrarse con el mismo, transcurrido un lapso apreciable, incluso hasta litigando para intentar obtener tal resultado? ¿Se verá luego expuesta a la posibilidad de una acción indemnizatoria incoada por su hijo con motivo de los perjuicios irrogados a éste por el desarraigo de que fue objeto a pesar de que eventualmente estén dadas las condiciones para la recomposición del núcleo familiar?

En similar situación, si por añadidura la madre responsable del abandono ha transmitido a su hijo una adicción por las drogas —de la cual ella misma es víctima favorecida en tal dependencia por una niñez y adolescencia sumamente carenciada— y luego, volviendo con encomiable esfuerzo sobre sus pasos supera tal situación, y recupera a su hijo ¿podría ser luego demandada por éste por todos los daños que sin duda ha sufrido como consecuencia del primigenio accionar de su madre?

También por vía de hipótesis podríamos suponer en el caso de un hijo que como vimos anteriormente provocó por su negligencia la muerte del padre, la reacción de sus hermanos responsabilizándolo civilmente por las consecuencias de su acto: el desamparo y la orfandad.

En toda esta problemática no podemos perder de vista que se trata de situaciones creadas entre personas que en la inmensa mayoría de los casos se encuentran relacionadas por la convivencia, que constituye la más clara exteriorización del vínculo que las une. En tales condiciones existe una permanente exposición a la posibilidad de que se generen daños recíprocos, ya sean materiales o más frecuentemente psíquicos. La vida familiar presenta permanentes ocasiones de roces entre los componentes del grupo. Falta de límites, excesos de mayor o menor magnitud en la imposición de los mismos, violencias verbales que llegan a veces a agresiones físicas, desvalorizaciones, ausencias, presencias dominantes, iniquidades en el reparto de afectos, de atención y aun de elementos materiales entre los hijos, reyertas, recriminaciones, injerencias de extraños al grupo toleradas por unos y resistidas por otros, se manifiestan intermitentemente y dejan huellas cuya profundidad es harto variable, y cuyas derivaciones son difícilmente previsibles en tanto también dependerán de la cambiante sensibilidad y temperamento del presunto agraviado.

En estas circunstancias, no parece atinado que cada acción dolosa, culposa u objetivamente productora de algún daño más o menos ponderable se traduzca en la apertura de una eventual vía judicial para obtener una reparación por el mismo. Porque además cada una de aquellas vicisitudes seguramente se verá acompañada por manifestaciones positivas y enriquecedoras derivadas

de otras acciones que simultánea o sucesivamente compensen, equilibren y posiblemente superen las falencias observadas. La vida familiar presenta así un verdadero juego de pesos y contrapesos. No se trata aquí de dos extraños que ocasionalmente se encuentran quizás por única vez en su vida, ocasionando uno de ellos un daño al otro, o viceversa, o concurriendo ambos en la producción del entuerto sino de quienes comparten plenamente una comunidad de vida caracterizada por profundas vivencias comunes.

6. Pero aun relegando las consideraciones pragmáticas en aras de concepciones principistas, estimamos a todas luces inapropiado posibilitar el ingreso del régimen de daños en el ámbito de lo familiar.

Por una parte advertimos en el Derecho de Daños un marcado sesgo individualista en su traducción al Derecho de Familia, desplazando de esta forma el solidarismo que sí trasunta en otras relaciones interindividuales. Su naturaleza no resulta compatible con sentimientos que si bien el Derecho no puede consagrar coactivamente, debe alentar como compendio del espíritu ético que es menester informe las relaciones familiares.

La protección de intereses individuales en la familia debe compatibilizarse con la del interés familiar que tiene entidad superior, y al cual aquéllos deben ordenarse, salvo cuando en nombre del propio interés familiar se menoscaben en forma irritante y decisiva los valores que el grupo básico social está llamado a salvaguardar, imposibilitando y frustrando irreparablemente la viabilidad de sus fines.

Si bien la oposición de intereses entre el menor y su grupo familiar presenta un mayor grado de conflicto que cuando tal colisión se produce entre los miembros de la familia mayores de edad, fundamentalmente cuando se trata de los cónyuges, dada la superioridad de rango del interés minoril sobre el de los mayores, en definitiva lo que prima es el interés familiar.

Comentando el artículo 264 quáter de nuestro Código, así lo interpretan dos juristas de la talla de Bossert y Zannoni, quienes dicen al respecto que “el interés familiar a que alude la norma (en su párrafo final) se halla íntimamente vinculado al interés del hijo, pero, sin embargo, éste no agota el contenido de aquél, y la consideración del tema por parte del juez no puede ser efectuada con desvinculación del interés del grupo familiar. Por ejemplo, la habilitación del hijo puede ser gravemente perjudicial para el desarrollo de la vida del grupo familiar, en determinadas circunstancias; ante ello, no podría prevalecer la delegación de determinadas conveniencias prácticas que para el hijo podría significar tal habilitación” (Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad, Ley 23.264*, Astrea, 1985, p. 322, par. 27). Poco antes ya habían expresado que “la patria potestad [...] se trata del ejercicio de un derecho-deber, que la ley recoge y deriva de las relaciones ordinarias entre padres e hijos y de la estructura del grupo

familiar y su inserción en el medio social, y que se ejerce no sólo en el interés que como padres, sus titulares tienen, sino en atención a los intereses del hijo, y aun, en última instancia a los intereses del grupo familiar, que no quedan delimitados exclusivamente por los intereses particulares de cada uno de sus miembros” (ob. cit., par. 2, ps. 257/258, con cita en nota de Manuel A. Laquis, *El abuso del derecho en el ejercicio de la patria potestad*, p. 47 —la cursiva me pertenece—).

Robusteciendo tal posición, encontramos esta gradación y jerarquía implícitas en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, cuando consagra como valor precípuo “la protección integral de la familia”, y en un instrumento que de ningún modo contrapone ambos intereses, sino que por el contrario, los complementa y armoniza: la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, aprobada en nuestro país por ley 23.849 y posteriormente incorporada al texto de nuestra Constitución Nacional por la Reforma de 1994.

En su Preámbulo la Convención trae estas significativas expresiones: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

“Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

El espíritu del que se encuentra imbuida la Convención es sin duda alguna el de reconocer a la familia su decisiva influencia sobre la salud física y moral del niño, a la vez que conferirle el rol de instrumento necesario para el desarrollo de todos sus miembros, en particular de los hijos.

Aparece de tal modo el niño como un emergente del grupo familiar, a cuya suerte se encuentra tan íntimamente unido que bien podríamos afirmar que si éste fracasa tal circunstancia muy probablemente arrastrará también al fracaso a aquél; dado que como más adelante se expresa “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Desde una posición distinta, Lidia N. Makianich de Basset interpreta que como consecuencia del impacto generado por una filosofía crecientemente individualista y de la mayor movilidad “incentivada también con fines productivos” se va produciendo un debilitamiento del vínculo familiar, reduciéndose la tradicional función del grupo, evolución que “ha conducido a revalorizar la personalidad del individuo dentro de la faz interna del grupo familiar, privilegiándose hoy el interés del familiar, por sobre la familia”, interés “que

es considerado de modo autónomo por el Derecho”, potenciándose así “la personalidad y autonomía de cada miembro en relación al grupo familiar, que ya no se concibe en sentido jerárquico y patriarcal, sino igualitario y asociativo, con relaciones de coordinación en cambio de subordinantes” (*Familia y responsabilidad civil*, en E. D. 139-645).

Disentimos con esta percepción de la realidad actual, en tanto la misma intenta afirmar la prevalecencia del interés individual de los componentes del grupo familiar sobre el propio de éste. Si bien es cierto, y por demás auspicioso, que el individuo no se vea ahogado por el entorno familiar, y pueda desarrollarse y crecer como ser humano con la mayor libertad, a la vez que es altamente positivo que los cónyuges conduzcan sus relaciones interpersonales en un plano de absoluta igualdad jurídica, con idénticas posibilidades y en un ambiente de respeto mutuo, y que se encuentre superado el modelo autoritario resabio del patriarcalismo a ultranza que acuñaron los romanos, es innegable que persiste un orden jerárquico familiar, donde el ingreso del diálogo fecundo no ha implicado la desaparición de la autoridad de los padres, y una particular destinación que trasciende lo meramente asociativo, en tanto la existencia de un interés familiar supone un vínculo mucho más profundo entre los miembros de la comunidad doméstica, extraño a una relación contractual y emparentado con lo biológico y lo afectivo. Sigue persistiendo por otra parte una prelación del bienestar del grupo sobre el de cada uno de sus componentes, así como no ha variado la preferencia impuesta al bien particular por el bien común. Aun las profundas variaciones operadas en cuanto hace a las formas y costumbres familiares, como asimismo en lo atinente a las funciones propias de la célula doméstica, no han logrado conmover la atribución de la que ha resultado a lo largo de todos los tiempos la más trascendente, connatural e irreemplazable: la formación integral y socializadora de los vástagos.

Es que, en definitiva, como señalan Bossert-Zannoni (ob. cit., p. 91, par. 9) “las relaciones jurídicas familiares –definibles como la atribución de derechos o imputación de deberes para la realización de los fines o intereses familiares (Zannoni, *Derecho de Familia*, t. I, p. 23, par. 10)– escapan a la autonomía privada”.

Aída Kelmelmajer de Carlucci, por su parte, describe que “la familia de nuestros días, en cambio –previamente se había referido a la de las sociedades eminentemente agrícolas–, configuradas como autosuficientes y núcleo de producción asentado en la idea de autoridad donde tenía arraigo el principio de la inmunidad, no es centro de producción sino de consumo; si se trabaja comunitariamente, se organiza en forma de empresa. El principio de autoridad ha sido reemplazado, en la órbita de las relaciones conyugales, por el de igualdad; los ‘derechos’ de la patria potestad han sido sustituidos por los

deberes-potestades de la llamada *autoridad de los padres*" (*Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial [Su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del Derecho francés]*, Cap. XXVIII, en *Derecho de Daños, Primera Parte*, directores: Trigo Represas y Stiglitz, La Rocca, Buenos Aires, 1951, p. 665).

De allí concluye la distinguida catedrática que "en este marco ya nos parece 'pensable' que un padre pueda responder no sólo penal sino también civilmente frente al hijo por el abandono, la violación, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, las lesiones causadas por exceso en la facultad de corrección (art. 278, Cód. Civ.), el secuestro (cuando la tenencia fue otorgada al otro progenitor o a un tercero), haberlo concebido defectuoso en razón de padecer enfermedades venéreas que conocía o por recurrir a técnicas de reproducción asistida cuando existía un riesgo significativo de tara física, las lesiones causadas por la negativa en función de razones religiosas a que se le practicaran métodos curativos que hubiesen evitado el agravamiento, etcétera".

Finalmente señala que "en suma: el integrante de la familia, antes que pariente es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre limitaciones en sus prerrogativas fundamentales por el hecho de enfrentarse a otros miembros de la familia no tiene por qué modificar radicalmente el sistema de la responsabilidad; al contrario, puede ser un agravante de las consecuencias a cargo del responsable. Aunque afortunadamente la regla es que el niño es protegido por sus padres, a veces necesita ser protegido de sus padres" (ob. cit., ps. 666/667).

Si bien el análisis de la transformación familiar es correcto, nos permitimos discrepar en cuanto a la aplicación en nuestro criterio excesivamente amplia que la jueza mendocina hace del sistema de la responsabilidad civil en el ámbito doméstico. No parece admisible que relaciones que sustancialmente son y necesitan ser de convergencia, de estrecha e íntima colaboración en un marco de estricta convivencia puedan ser trastocadas en otras colisionantes, de oposición de intereses, quizás inconciliables, sin que tal situación produzca una alteración esencial, una transmutación decisiva de aquella relación, que la despoje, la vacíe por completo de contenido.

No dejamos de reparar en la gravedad de los supuestos ejemplificados. Pero aun así nos parece que la cuestión no puede abordarse en términos absolutos, admitiendo sin más la irrupción del Derecho de Daños con el alto costo de la diáspora familiar.

Se nos dirá que en ciertos casos ya no existe en rigor familia. Precisamente creemos que éste es el punto. Cuando ya no hay más familia, recién entonces —con prudencia— abramos la puerta al Derecho Civil de Daños. Pero primero agotemos todas las posibilidades de restañarla y sólo cuando advirtamos que

esa muerte se ha producido y es irreversible permitamos aquel ingreso, extendamos el acta de defunción de esa familia y convalidemos su destrucción.

Porque si esa familia todavía goza de alguna salud, aunque reconozca un avanzado deterioro, la cuestión de la responsabilidad debe encuadrarse dentro de parámetros acordes con la posibilidad misma de su subsistencia, y fundamentalmente del cumplimiento de sus fines.

Hemos encontrado como caracteres esenciales de la familia la convivencia, la comunidad de vida, el pleno desarrollo de la sexualidad entre los cónyuges, su origen natural, la vocación de permanencia, la necesaria dirección de los padres, la formación integral de los hijos, el sustrato afectivo que es su presupuesto fáctico, y advertimos que ninguno de estos factores es de posible o potencial realización si introducimos el Derecho de Daños en su seno. ¿Qué convivencia resulta posible entre cónyuges, o entre padres e hijos que mantienen un pleito, seguramente prolongado en el tiempo, por reclamos recíprocos de daños? ¿Cuál puede ser la simbiosis plena que pueda pretenderse entre la vida de los integrantes de un grupo sumido en una profunda disputa judicial por achacarse la responsabilidad mutua en sus *cuitas*? ¿Qué tienen que ver con los dictados de la naturaleza los embates que a través de amargas recriminaciones y duros resentimientos, y demás vicisitudes propias del tránsito de requerimientos de esta índole se dirijan entre sí los padres, o éstos con sus hijos? ¿Qué vocación de permanencia puede encontrarse a partir de estas lides? ¿Cómo puede dirigir y pretender formar “integralmente” un padre al hijo que simultáneamente está tratando de conformar también “integralmente” un resarcimiento que aquél se resiste a reconocer? ¿Cuál puede ser el afecto que subyace en una familia que se encuentra profundamente enfrentada por intereses que en definitiva revisten una marcada configuración patrimonial?

Así como advertimos los peligros que importa la admisión de un amplio régimen de contratación entre cónyuges, tolerable sólo excepcionalmente y nunca cuando sea susceptible de erosionar significativamente la paz familiar; coincidimos en diferir a través de la suspensión de la prescripción entre cónyuges eventuales reclamos pecuniarios que puedan existir entre los mismos, y conceptuamos un verdadero dislate la posibilidad de admitir la celebración de contrato de trabajo entre cónyuges por cuanto entre otros argumentos nos resulta inimaginable que uno de ellos pueda promover o participar de una huelga contra el otro, o de disponer su despido, vemos aún más patente la posibilidad del conflicto con la introducción del Derecho de Daños en las relaciones familiares.

Reiteramos que nos hacemos cargo del argumento que frente a estas situaciones hace hincapié en que mal puede pretender tutelarse una familia que de tal sólo posee el nombre, por cuanto la magnitud del incumplimiento

del deber que genera la responsabilidad y el consecuente reclamo de indemnización por daños permiten vislumbrar que en rigor aquélla no existe.

Y también volvemos a expresar que aquí situamos por nuestra parte el meollo de la cuestión. Determinado que, efectivamente, esa relación es inviable, cuando lo hayamos hecho, cuando así lo hayamos encontrado, establezcámoslo con el sello de la cosa juzgada, y recién entonces habilitemos la procedencia del reclamo por daños. Si no, hagamos jugar en tanto encontremos posibilidades de sobrevida del núcleo doméstico las responsabilidades propias del Derecho de Familia, las que imponen las normas específicas en forma exclusiva para este particularísimo agregado social, y desechemos las propias de aquel sistema, o en todo caso mantengámoslas latentes para cuando se produzca efectivamente y en forma definitiva la ruptura.

Lo expuesto determina que en nuestro concepto, los binomios “matrimonio-reclamo por reparación de daños entre cónyuges”, y “atribución de la patria potestad-reclamo por reparación de daños entre padres e hijos” aparezcan como sustancialmente incompatibles.

No puede pretender mantenerse subsistente una situación que, si bien no es compatible con la imposición jurídica, debe presuponer necesariamente un substrato afectivo, y a la vez estar minando ese sentimiento insito introduciendo profundas y agrias reyertas, porque ello implica un inconveniente doble discurso desde el punto de vista de la política legislativa, a la vez que una incoherencia mayúscula desde el prisma de los fines que persigue la ley, que por otra parte no son sino los propios de la naturaleza humana y del grupo primario que esta misma naturaleza consagra como básico para la formación de la sociedad.

Distinto es cuando la sociedad ha verificado la destrucción de ese núcleo y así lo ha declarado, porque entonces no hay nada que preservar. Aunque aun en ese caso no puede perderse de vista la posibilidad de reconstitución o recomposición de los integrantes de ese grupo disuelto lo habitual y expectable será su inserción en uno nuevo y diverso. Desaparecida la familia, se eliminan también sus caracteres, y sustancialmente la base afectiva presupuesta, por lo que también se esfuma la incompatibilidad antes señalada, ya que no existiendo matrimonio ni patria potestad vigente, el Derecho común aparece en escena y la responsabilidad por daños encuentra posibilidades concretas de aplicación. Entre quienes se han convertido en extraños, el sistema civil de daños comienza a reclamar su aplicación.

7. La apuntada prevalencia del interés familiar encuentra hoy un respaldo incuestionable a través de la consagración con jerarquía constitucional de normas contenidas en múltiples tratados internacionales ratificados por nuestro país.

La trascendencia de la irrupción de las normas sobre la familia en las

Constituciones ha merecido que un constitucionalista del prestigio de Bidart Campos les haya adjudicado “un claro efecto práctico, cual es el de disipar toda duda acerca de la posibilidad de invocar dichas normas en la jurisdicción constitucional, y en otras cosas, descalificar cualquier otra norma inferior que sea desafín, incompatible o violatoria. Y esto es mucho, si le sumamos el rédito que desde la Constitución son capaces de surtir las normas sobre la familia para interpretar e integrar todo el resto del ordenamiento jurídico” (Publicación de su ponencia por el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Panamá, 1996, ps. 89 y ss.). Tras destacar que “la Constitución es norma jurídica con fuerza normativa que vincula y obliga, y que por más que algunas de sus cláusulas precisen a veces desarrollo legislativo, siempre tienen por lo menos un contenido especial que debe ser aplicado, que es exigible, y que alegado ante los tribunales no puede ser negado, desconocido o descartado, conforme a pautas del Tribunal Constitucional de España”, concluye que “cuando estos instrumentos internacionales ingresan al Derecho interno de los Estados y, sobre todo, cuando dentro de él prevalecen sobre el Derecho interno o tienen el mismo rango de la Constitución, aportan ingredientes valiosos para reforzar la constitucionalización de normas sobre la familia” (ob. cit., p. 89).

Refiriéndose específicamente a la nueva relación de fuerzas que cabe vislumbrar entre el vigoroso Derecho familiar rediseñado con este amplísimo horizonte y el estrecho corsé en el que pretende retenerlo para sí el viejo cliché del Derecho Civil, Bidart Campos entiende que “tanto en estos casos penumbrados como en los que no lo son, somos reacios a admitir que las normas civilistas puedan o deban interpretarse únicamente dentro del perímetro clásico del Derecho Civil, porque en la mixtura que los derechos de familia exhiben dentro del Derecho Civil y el Derecho Constitucional, el principio de supremacía de la Constitución obliga a utilizar y aplicar los principios, valores y derechos que desde la Constitución difunden su aplicabilidad a todas situaciones comprometidas con las relaciones familiares. Si las normas civilistas discrepan, hay que declinar su aplicación” (p. 94).

8. Con esta óptica necesariamente novedosa, dado lo reciente de la incorporación de estas normas a nuestra Carta Magna, aunque en rigor se trata de una situación que venía delineándose con perfiles cada vez más nítidos, atento el desarrollo alcanzado por el Derecho de Familia y su contenido marcadamente social, avalado por un tan incesante como incontenible avance provocado por el celo cada vez mayor puesto por el Estado contemporáneo en el cuidado de su elemento basal, no podemos sustraernos al influjo que aquellos textos normativos supremos ejercen sobre las normas infraconstitucionales.

Alterini y López Cabana sostienen –por cierto atinadamente– que la regla *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, conforme al criterio de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 5-8-86, *in re* "Santa Coloma, Luis F. c/Empresa Ferrocarriles Argentinos", E. D. 120-651), y eso puede señalarse por algunos como una clara limitación a la aplicación de los principios a que hemos hecho referencia, o al menos como una suerte de factor equilibrante que mengüe las posibilidades de su utilización.

Esa regla debe en mi criterio armonizarse con las que orientan la concesión de las garantías otorgadas a la familia, organizando un sistema que compatibilice la reparación del perjuicio individualmente sufrido con la posibilidad de restañarlo apelando a recursos que no presupongan la definitiva configuración de intereses decididamente antagónicos.

Lo que en otros sectores del Derecho podría interpretarse como una suerte de resultado disvalioso (o un puro desvalor de resultado) como sería el dejar sin resarcimiento el daño ocasionado, podría en cambio entenderse como un resultado axiológico positivo trasladado al Derecho de Familia.

Dicho de otra manera, lo que en el Derecho común resulta regla general, esto es que todo daño genera un interés legítimo que procura como meta principal su resarcimiento, en Derecho de Familia aparece temperado, minorado por un deseo tácito que ronda todo el sistema, de que ese resarcimiento sea postergado en aras de favorecer la unidad familiar, por lo que en rigor, el interés legítimo se encuentra bifurcado: tiene en miras por una parte obtener una reparación integral de su perjuicio y por otra soslayarlo para posibilitar una mejor recomposición de la unidad familiar amenazada por la existencia del daño infligido.

El resultado de la tensión así originada por esa pugna entre la prevalencia de intereses no puede ser otro que una suerte de composición que debe necesariamente intentar establecer el Derecho. Por eso no resulta extraño que apele en esta materia a un sistema específico, propio, no meramente emergente de otro, edificado este último sobre bases sustancialmente diversas, y trasplantado desde una realidad totalmente extraña a la que enmarcan las muy especiales relaciones de familia.

9. Esta misma contraposición, esta tensión de intereses, esta verdadera paradoja la encontramos reflejada en la evolución legislativa de nuestros días: por una parte asistimos a una suerte de "despertar al conocimiento de prerrogativas y facultades" (Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 44), a una exaltación del individualismo, a una intangibilidad total de cualquier manifestación del ser humano corporizada en la evolución firme "hacia el reconocimiento de todo daño moral como daño indemnizable" (Mosset Iturraspe, *ob. cit.*, p. 50), en tanto por otro se intenta crecientemente detener la disgregación de la familia procurando su "protección integral", estrechar los lazos unitivos, acentuando los deberes entre sus miembros, intentando insuflar

el solidarismo y altruismo en su interior, teniendo como vértice de la relación el interés familiar, cuando Tribunales de Familia y procedimientos orientados firmemente hacia la conciliación, e incursionando en lo preventivo, y otorgando un sitio de privilegio a todo lo referido al bienestar y educación de los hijos, cuyo interés aparece postergando el de sus progenitores.

Las fuerzas centrífugas del individualismo creciente pugnan con las centrípetas que tienden a recuperar la cohesión de ese núcleo social básico que es la familia.

También advertimos que esa bifrontalidad aparece en ciertas sanciones a transgresiones que atentan en grado diverso contra el respeto mutuo que debe existir en las relaciones familiares.

Ciertas violaciones al orden jurídico pierden relevancia en la particular óptica del legislador cuando se trata de castigarlas, si con ello se debilita la familia o se constituyen en una traba para su conformación. Así se exime de responsabilidad criminal a ciertos parientes, entre los que se cuentan los cónyuges, ascendientes y descendientes (art. 185, Cód. Pen.), “por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren”. También se exime al delincuente que cometiere violación, estupro, rapto o abuso deshonesto respecto de una mujer soltera “si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituirla a casa de sus padres o a otro lugar seguro” (art. 132, Cód. Pen.). Se disminuye la pena en el infanticidio a los padres, hermanos, marido e hijos que lo cometieren encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre (art. 81, inc. 2º, Cód. Pen.), y en el abandono de personas cuando éste fuere de un menor de tres días aún no inscripto en el Registro Civil para salvar el honor de la esposa, madre, hija o hermana (art. 107, Cód. Pen.).

Pero hay otras que, en razón de su gravedad y del profundo daño que infligen al núcleo familiar, son resaltadas por la severidad de la pena que conllevan. Así se califican el homicidio para el que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son (art. 80, inc. 1º, Cód. Pen.); las lesiones leves, graves y gravísimas en iguales circunstancias (art. 92, Cód. Pen.); la prostitución o corrupción de menores de edad cuando el autor fuera ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda o que hiciera con ella vida marital (art. 125 *in fine*, Cód. Pen.); los delitos contra la honestidad cuando quienes cooperaren a su perpetración fueren ascendientes, descendientes, afines en línea recta o hermanos (art. 133, Cód. Pen.); la privación de libertad personal cometida en la persona de un ascendiente, hermano, cónyuge u otro individuo a quien se debe respeto particular (art. 142, inc. 2º, Cód. Pen.).

Pareciera que la ley —según la índole de la transgresión— trata de evitar

en los casos en que los cimientos del grupo familiar no han sido conmovidos profundamente, que la sanción eventual genere un daño mayor, en tanto que, tras pasados esos límites, cuando el ataque ha minado aquellas bases, no advierte otra alternativa que el castigo reparador, ya que no hay qué salvar, qué ganar con la tolerancia, pues en rigor la familia ya fue irreparablemente destruida.

El ordenamiento civil como ya quedó dicho tiene prevista la suspensión de la prescripción entre marido y mujer (art. 3969), lo que también se orienta a evitar factores de perturbación de la vida familiar.

Llambías explica con su proverbial lucidez el sentido de la disposición señalando que “se comprende de inmediato” que “la ley ha deseado cohibir en los esposos cualquier sentimiento de hostilidad recíproca, y para ello suspende el curso de la prescripción a fin de eximir a los cónyuges de la necesidad de interponer alguna acción judicial con el objeto de preservar sus derechos. Si así no fuera los esposos podrían sentir la tentación de envenenar sus afectos con citaciones y actuaciones procesales, en el afán de enervar la prescripción que cualquiera de ellos pretendiese ganar contra el otro (con cita de Giorgi, J., *Obligaciones*, t. VIII, N° 256, p. 376). La suspensión —añade— subsiste aun cuando promedie la separación de bienes y hasta el divorcio (agregamos nosotros en la época en que escribe Llambías entendido como mera separación de cuerpos). No obstante tan deplorables contingencias, la ley elimina toda valla que pueda obstar a la deseable reconciliación de los esposos, por cuya razón ha mantenido en tales circunstancias el afecto suspensivo del matrimonio sobre la prescripción de los derechos recíprocos de los cónyuges. Se estima, como dice De Gásperi, que dada la posibilidad de su reconciliación, nada debe hacerse que torne irremediable su desunión (De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. III, par. 1822, p. 308)” (Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte general*, t. II, 5ª ed. actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1973, par. 2123, p. 685).

Cabe señalar que el autor citado incluso extiende la solución para el caso de disolución judicial del vínculo matrimonial, hipótesis posible en aquel entonces como consecuencia de la efimera vigencia de la ley 14.394, artículo 31, apartado segundo (id., par. 2124, ps. 685/686).

El artículo 3970, de cuño similar en nuestro Código, es explicado en la nota, que cita en su apoyo la autoridad de Troplong, Marcadé, Aubry y Rau, Vazeille, con palabras del primero quien dice que la mujer se abstendría de accionar si ello pudiera revertir en un reclamo al marido, por lo que de no ocurrir la suspensión “se sacrificarían así sus intereses y los de sus hijos, a la afección conyugal”.

Esta solución, adoptada entre otros por los Códigos Civiles francés (art. 2253) e italiano (art. 2941, inc. 1º), como asimismo por el novedoso Código Civil de la República del Paraguay (art. 644, inc. a), y por el de la

vecina República de Chile (art. 2509, párr. final) ilustra cabalmente sobre el disfavor que el orden jurídico dispensa a todo aquello que pueda resultar conflictivo dentro del núcleo familiar, a todo cuanto se constituya en un vallado para el aseguramiento de la paz familiar, o para su restablecimiento cuando ésta hubiere sido previamente perturbada, particularmente cuando el obstáculo resulte de cuestiones de neto contenido patrimonial. Adviértase que aun en el caso de haber ya experimentado el matrimonio un duro revés que incluso compromete visceralmente su subsistencia misma, como es la alternativa de la separación personal, el legislador ha preferido mantener latente la posibilidad de la reconciliación, postergando la dilucidación de la controversia patrimonial mediante la vía indirecta de la suspensión de la prescripción.

Aun el mismo orden y la tranquilidad pública ceden en algunos casos frente a la posibilidad cierta de la intromisión de una cuña que a modo de palanca produzca el quiebre de la paz doméstica, y relegan valores socialmente ponderables sometiéndolos a otros que, por preservar la intangibilidad de la vida hogareña, son revestidos de una mayor trascendencia, toda vez que, en definitiva, en su conjunto también conforman o ayudan a conformar ese clímax de paz social.

Así sucede con la prohibición de denunciar, que traen los códigos de procedimiento penales (así el federal, art. 178 y el muy reciente de la Prov. de Buenos Aires, que en su art. 288 establece que “Nadie podrá denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo vincula con el denunciado”), y con la prohibición de declarar como testigos que no sólo consagran en este caso los códigos de forma penales (arts. 242 del Cód. Proc. Pen. Nac. y 234 del provincial: “No podrán testificar en contra del imputado bajo sanción de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo liga con el imputado”), sino igualmente los civiles y comerciales (arts. 427, Cód. Proc. Civ. y Com. Nac. y 425, Cód. Proc. Civ. y Com. Prov. de Buenos Aires: “No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo que se tratare de reconocimiento de firmas”).

Explicando la prohibición mencionada en último término, sucintamente señalan Morello-Passi Lanza-Berizonce que ella “encuentra su sustento en la conveniencia de preservar la unidad familiar que, de otro modo, se vería indudablemente comprometida en caso de admitirse la declaración en proceso en que es parte la persona ligada por parentesco” (*Códigos Procesales comentados y anotados*, Platense-Abeledo-Perrot, t. V, Buenos Aires, 1973, p. 434).

10. Hoy el Derecho Constitucional ha venido en refuerzo de estos principios, dotándolos del mayor vigor en cuanto hace a su jerarquía y alzándolos sobre normas que si anteriormente podían apreciarse colisionantes en razón de guardar para alguna interpretación similar rango, hoy se sitúan claramente por debajo de aquéllos.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 16, inciso 3 que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre edicta que “Toda persona tiene derecho a constituir familia; elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”. El artículo 30, de singular interés para el caso, prescribe que “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos –llamada Pacto de San José de Costa Rica (aprobada por ley 23.054)– reitera que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, reactualizando veintiún años después la fórmula utilizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

A su vez el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales abierto a la firma el 19 de diciembre de 1966 y aprobado por ley 23.313 amplía este catálogo, disponiendo en su artículo 10 que “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y *mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo*” (la cursiva de este párrafo y los que siguen me pertenece).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –con igual reconocimiento– señala en su artículo 17 que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en [...] su familia [...] 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. En su artículo 23 repite textualmente el texto del artículo 16, inciso 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, Ley 23.179) consagra en el artículo 16, inciso 1 la obligación para los Estados Partes de asegurar “en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres [...] d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil,

en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, aprobada por ley 23.849, contiene preceptos que consideramos decisivos para los fines perseguidos en este fallo. Así, el artículo 8 expresa que “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias tácitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”, el artículo 3, inciso 2 había establecido el compromiso de los Estados Partes de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, *teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley* y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas y el 5 ha dicho que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

El artículo 7 establece el derecho del niño desde que nace a un nombre y, “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

El artículo 9 dice que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (inc. 1), y en tal caso en el procedimiento respectivo “se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (inc. 2), pero en todo caso “3. Los Estados Partes *respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular*, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El siguiente precepto marca que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él *a los efectos de la reunión de la familia* será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva” (inc. 1) y que “El niño cuyos padres residan en

Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos *con ambos padres*" (inc. 2).

Conforme al artículo 12 debe garantizarse al niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño" (inc. 1), a cuyo fin "se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional".

El artículo 16, inciso 1 proscribe las injerencias arbitrarias o ilegales en la familia del niño, y el 2 le da derecho a protegerse contra esas injerencias o ataques.

Por el artículo 18 se establece que "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

El inciso 1 del artículo 20 confiere "derecho a la protección y asistencia especiales del Estado" a los "niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio".

En el artículo 22, inciso 2 se procura que los Estados Partes cooperen en la forma que estimen apropiada para que las Naciones Unidas y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que cooperan con ella protejan y ayuden a todo niño refugiado y localicen a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria *para que se reúna con su familia*.

El inciso 2 del artículo 27 pone en cabeza de los padres u otras personas encargadas del niño "la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño", y el 4 ordena a los Estados Partes que tomen "todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño..."

Por último, mencionaré el artículo 29, que en su inciso c, fija que la educación del niño debe ser encaminada a "Inculcar al niño el *respeto de sus padres*...", y el 39 conforme al cual "Los Estados Partes adoptarán todas las

medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono [...] Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

De todo este plexo normativo podemos desprender ciertas conclusiones basales para el razonamiento emprendido:

a) La familia, en la fórmula tradicionalmente acuñada, es la célula básica de la sociedad, y como tal objeto de prioritaria atención por parte del Estado.

b) Lo es atendiendo ante todo a su función de cuidado y educación de los hijos.

c) Para tal fin, el Estado debe propender a facilitar su constitución.

d) Igualmente, debe procurar por todos los medios una vez constituida, su protección y asistencia.

e) No puede ser objeto de injerencias extrañas, arbitrarias o ilegales.

f) Los progenitores –iguales en derechos– deben tener como consideración primordial el interés de sus hijos, proporcionándoles las condiciones óptimas que les resulten posibles para su desarrollo y crianza.

g) El derecho del niño a preservar su identidad incluye el de mantener sus relaciones familiares.

h) Ello supone que sean tenidos en cuenta los derechos y deberes de los padres, con la finalidad de posibilitar que ejerzan una dirección y orientación apropiada respecto del niño, a fin de que éste pueda ejercer en plenitud sus derechos.

i) La separación del niño de sus padres debe ser evitada procurando que, aun cuando los mismos no convivan, prosigan relacionados con el niño de manera regular.

j) Sólo excepcionalmente el niño podrá ser separado de sus padres, cuando el interés superior del mismo lo imponga como *ultima ratio*.

k) El niño debe tener garantizada la posibilidad de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, en una medida compatible con su desarrollo, debiendo ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo donde se ventilen aquéllos.

l) Sólo en subsidio de la existencia de medio familiar, o cuando el mismo resulte inadecuado al niño por contraponerse a su superior interés, el Estado debe procurar suplir tal carencia con su actividad protectiva y asistencial hacia él.

m) En tal caso debe procurar igualmente asegurar el pago de la pensión alimenticia al menor por sus padres.

n) El Estado no debe renunciar a toda posibilidad de recuperación y reintegración del niño abandonado, sino que debe alentarla permanentemente,

comenzando por la eventual restauración en plenitud del núcleo familiar, salvo cuando el mismo se advierta irrecuperable por afectar gravemente el superior interés del niño.

o) El Estado debe velar por que los niños honren y tengan la consideración debida por sus padres.

Todo ello podría sintetizarse en una suerte de deber genérico para el Estado de facilitar los medios y condiciones para que en su seno el medio familiar pueda mantenerse intangible y equilibrado, dotado de las mejores posibilidades para lograr la consecución de su fin primario: la continuidad del proceso de formación integral de su progenie y la inserción de la misma en el cuerpo social.

11. Lo expresado no implica que esté en desacuerdo con lo propuesto en su meditado voto por el distinguido colega preopinante doctor Hitters, en cuanto encuadra como un hecho ilícito la falta del reconocimiento del hijo por su padre, a la luz de estas mismas convenciones incorporadas a nuestro Derecho positivo con el máximo rango. En efecto, surge de las mismas la importancia que la comunidad internacional y en particular nuestro legislador constituyente ha otorgado a derechos tan esenciales para el ser humano como son el de conocer su origen, su identidad, el de tener un nombre, el de ser reconocido como persona, el de conocer a sus progenitores, y el de ser durante su minoridad protegido por su familia y por el Estado. Idénticamente coincido en que tal ilicitud brota del texto del artículo 254 del Código Civil cuando legitima al hijo para reclamar su filiación matrimonial o extramatrimonial.

Pero discrepo a la hora de asignar una reparación como consecuencia de haberse incurrido en tal ilicitud, o al menos de asignar automáticamente tal reparación o hacerlo en cualquier caso, aunque debo recordar que al comenzar su voto el doctor Hitters despoja al principio de generalidad, al hacerlo dependiente de circunstancias que enumera (la edad del menor, el resultado de los análisis efectuados, los motivos alegados por el progenitor para su negativa a reconocer al hijo, las causas invocadas para desconocer tal paternidad).

Es decir que en rigor, al excluir la generalidad, el principio deja de ser tal, para pasar a depender de una infinita casuística, que lo reduce a meras soluciones particulares que en algún caso coinciden con el régimen general sin pretensiones de interpretación analógica o extensiva a otros supuestos que puedan presentarse.

Si se aplicara a rajatabla el criterio propiciado, frente a una norma como la contenida en el artículo 255 del Código Civil que podría tacharse de inconstitucional en cuanto deja librada la vigencia de derechos humanos elementales a la voluntad materna, cuya expresa conformidad requiere para habilitar la acción judicial de reconocimiento para quien sustentara ese criterio,

la negativa a prestar su consentimiento por la madre importaría la comisión de un acto ilícito, y generaría un derecho a reparación, que se extendería al reconocimiento del daño moral causado.

Desde una posición opuesta podría sostenerse en tal caso que, si bien la madre estaría obligada a revelar el nombre de la persona con quien tuvo el hijo, de no hacerlo merecería un reproche, incumpliría quizá con un imperativo ético, y hasta podría configurar con su conducta un claro ilícito pero de ninguna manera podría ser sancionada en la atribución de la patria potestad, a través de una privación o suspensión de la misma, y mucho menos condenada a una reparación de daños y perjuicios, a pesar de que éstos seguramente van a configurarse como corolario de su negativa.

Parece inimaginable que una madre que ha tenido la valentía de afrontar un embarazo, el nacimiento de un hijo y su crianza por sus propios medios resulte agredida por una acción proveniente de su hijo para que lo indemnice por los daños causados. Porque el amor que seguramente ha puesto esa madre en su hijo no puede verse desplazado por el hecho de que —en virtud de íntimas convicciones seguramente de un marcado peso subjetivo— sea reticente a brindar el nombre de aquel con quien ha mantenido relaciones sexuales en un contexto que prefiere ocultar y olvidar. La relación de familia no consiente esta ecuación facilista del resarcimiento objetivo, que obliga aun por la mera culpa, porque el riesgo del error y la culpa son ingredientes cotidianos en cualquier relación familiar, donde permanentemente se ponen en juego sentimientos y afecciones muy profundas.

Creemos que las consideraciones vertidas son válidas para resaltar la índole de los valores en juego. La falta de reconocimiento de un hijo —hecho ilícito como el anterior, aunque seguramente de mayor gravedad— no es de ninguna manera un acto sobre el cual no se pueda volver, para edificar —en torno al temporáneo arrepentimiento consecuente y a la reparación afectiva que puede significar— una conducta congruente con la responsabilidad que en plenitud se comienza a asumir. Esta posibilidad, que puede aparejar la formación de un sólido vínculo entre padre e hijo, debe alentarse, y de ningún modo clausurarse virtualmente creando entre ambos la barrera de un reclamo patrimonial visceralmente opuesto a la generación de una situación como la descrita.

Vamos pues, a desarrollar nuestra argumentación en tal sentido, que por otra parte, también desplaza la eventual adhesión al voto que vertiera el doctor Negri, basado en igual consideración respecto de la ilicitud del acto, pero fundamentalmente tomando en cuenta las circunstancias de hecho que rodean el caso (particularmente la edad avanzada del menor —17 años a la fecha de la sentencia de grado— y lo prolongado de la negativa del padre a reconocerlo).

12. Estamos convencidos —como ya tuvimos oportunidad de adelantar—

de que en el Derecho de Familia la regla del *alterum non laedere* debe recibir una específica aplicación, divergente de la que es propia de la generalidad de las relaciones civiles.

Esto es tan así que —como ha señalado Díaz de Guijarro— tras resaltar lo que resulta en su concepto de que “divorcio y nulidad son de distinta sustancia formal y vital”, la última “tiene sanción resarcitoria en nuestra ley, mientras el divorcio carece de la misma, sin contar los efectos especiales que determina en otros aspectos”.

Se extiende sobre este aspecto refiriendo que “tanto el texto originario del Código Civil como el de la ley de matrimonio civil (a lo que nos permitimos añadir por nuestra parte el de la ley 23.515, que restituyó ambos temas nuevamente al Código Civil), incluyen reglas precisas y de claridad diáfana en cuanto a la indemnización de los daños materiales producidos por la nulidad de matrimonio y aun, subsidiariamente, del daño moral si *el daño efectivo no pudiera ser fijado*”. Menciona así el artículo 234 primitivo del Código Civil, y los artículos 91 y 109 de la ley 2393 (consecuentemente con lo anterior, incorporamos en reemplazo de los anteriores el nuevo art. 225 del Código Civil, en el texto ordenado por la ley 23.515).

Por el contrario —expresa— nuestra legislación ni autoriza en su espíritu el resarcimiento de los daños sobre bases o categorías implícitas ni lo hace en forma expresa, ya que el artículo 1078 “no menciona ni genérica, ni indirecta ni incidentalmente el divorcio”.

Confiere carácter autónomo al régimen de sanciones que determina el divorcio “tanto por la inexistencia de normas precisas y concordantes con otras disposiciones legales, como por su naturaleza especial de parte propia y exclusiva de la regulación de la familia, por la cual únicamente se gobierna por ésta” (Enrique Díaz de Guijarro, *Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio*, en J. A. 1983-III-625).

Todo lo dicho respecto del divorcio es estrictamente transferible al caso de la filiación, aun con mayor razón atento que el vínculo matrimonial es exclusivamente civil, en tanto que el filial es predominantemente —aunque no exclusivamente— biológico, además de civil. En él la naturaleza ha impreso lazos de sangre que, acumulando el significativo bagaje de la afectividad, trazan con profundos caracteres una relación especialísima, íntima, de imposible parangón con cualquier otra relación civil, contractual o no.

Lo cierto es que en materia de filiación y de ejercicio de la patria potestad en momento alguno la ley refiere, remite o hace una alusión siquiera incidental a la aplicación del régimen de daños.

El hecho de que este régimen pueda recibir aplicación en ciertas materias propias del Derecho de Familia, como lo son la nulidad de matrimonio, y

los esponsales tiene fácil explicación, además de las referencias explícitas que hace la ley, si consideramos que en ninguno de estos casos en principio se llegó a conformar una familia.

13. Pero de modo alguno puede pretenderse que cuando se causa un daño a otro en las relaciones de familia esta conducta no apareje alguna consecuencia que tienda a restaurar el equilibrio alterado, procurando que las partes afectadas lo sean en la menor medida posible, dado que resulta imposible garantizar su incolumidad.

Así, el culpable de la separación personal o el divorcio debe contribuir a que el otro cónyuge —no culpable— mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia (art. 207, Cód. Civ.); debe soportar que el cónyuge que no dio causa a la ruptura, y a quien se le atribuyó la vivienda durante el juicio o que continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, pueda solicitar y obtener que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio (art. 211, Cód. Civ., primera parte); que en igual caso el cónyuge inocente produzca dicha ocupación en el inmueble propio del otro mediante el pago de una renta que se fijará en atención a las posibilidades económicas de ambos y al interés familiar, por un plazo que se fijará (art. 211, Cód. Civ., segunda parte); podrá —tratándose del esposo— revocar las donaciones hechas a la mujer en convención matrimonial (art. 212, Cód. Civ.); perderán —el culpable de la separación personal y ambos en el caso del divorcio— la vocación hereditaria (arts. 3574 y 217, segundo párrafo), lo que también ocurrirá con el culpable de la separación de hecho (art. 3575, Cód. Civ.).

Por su parte, el padre que incurriere en alguna de las conductas tipificadas en el artículo 307 del Código Civil sufrirá la privación de la patria potestad (art. cit.) aun cuando tal sanción no importará liberarlo de las obligaciones de criarlos, alimentarlos y educarlos que prevén los artículos 265, 267 y 268 del Código Civil; si no le hubiera prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna será indigno de suceder al hijo (art. 3296 bis); sanción esta última que también le corresponderá si no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad (art. 3296 bis), en cuyo caso tampoco se beneficiarán con el usufructo de los bienes del menor (arts. 287, Cód. Civ. y 11, ley 14.367 derogada).

Es indigno de suceder el pariente en grado sucesible o designado en testamento que haya cometido homicidio o tentativa en perjuicio del causante (art. 3291), o que haya omitido denunciar la muerte violenta de éste (art. 3292), o que le haya acusado criminalmente (art. 3293), o cometido adulterio con su mujer (art. 3294), le haya abandonado cuando estuviera demente (art. 3295), o atentare contra la última voluntad del difunto (art. 3296). En tanto pueden

ser desheredados los ascendientes, descendientes o cónyuges que recíprocamente hubieren atentado contra la vida del causante (arts. 3747 y 3748, Cód. Civ.) o le hubieren acusado criminalmente (ídem), y los descendientes que hubieren injuriado de hecho a sus ascendientes (art. 3747).

En cuanto a la nulidad de matrimonio, además de aparejar por vía de remisión expresa la eventual indemnización de daños y perjuicios (art. 225) traerá para el contrayente de mala fe la pérdida de todo derecho a alimentos (art. 222, inc. 1º, Cód. Civ.); la posibilidad de que le sean revocadas las donaciones que le fueron hechas por causa del matrimonio por el de buena fe (art. 222, inc. 2º, Cód. Civ.); y la obligatoriedad de mantener una actitud pasiva frente a la posibilidad para el de buena fe de optar en cuanto a los bienes por cualquiera de las tres vías que prevé el artículo 222 del Código Civil en su inciso 3º.

Como vemos, se trata de un sistema particular, que procura a través de los efectos mencionados restañar situaciones de una naturaleza indudablemente diversa a las que ocurren entre personas no ligadas entre sí por lazos familiares.

En las relaciones entre particulares extraños entre sí, restablecido el equilibrio provocado por el desencadenamiento del hecho dañoso, a través de la indemnización que cuadrarse, poco interesa al Derecho cuanto ocurriere en el futuro en cuanto a la vinculación entre esos mismos particulares, en tanto que en materia de relaciones familiares, por el contrario, lo que subsigue a la respuesta prevista para la causación del daño es tan importante como esa propia respuesta, a tal punto que a veces la enerva, restableciendo el *statu quo ante* en plenitud.

Así, frente a la crisis conyugal detectada por la separación personal entre los cónyuges, se procura la reconciliación, y si ésta ocurre pendiente la acción respectiva, y aun después de dictada la sentencia, aquélla se extinguirá y cesarán los efectos de esta última, restituyéndose “todo al estado anterior a la demanda” (art. 234, Cód. Civ.).

La nulidad relativa generada por la existencia de los impedimentos de edad y privación de la razón, como así también la celebración del matrimonio mediando vicios del consentimiento puede ser compurgada por la continuación de la cohabitación llegados a la edad legal los contrayentes, o cuando la esposa hubiese concebido; por la continuación de la cohabitación, recobrada la razón o conocida la incapacidad; y por tal continuidad durante más de treinta días de conocido el error o suprimida la violencia, respectivamente (art. 220, incs. 1º, 2º y 4º, Cód. Civ.).

La privación de la patria potestad ha perdido su carácter de sanción definitiva e irrevocable, pudiendo ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio e interés de los hijos (art. 308, Cód. Civ.).

La indignidad se purga por el perdón (art. 3297, Cód. Civ.), en tanto para la desheredación opera igual efecto la reconciliación sobreviniente (art. 3750, Cód. Civ.).

Incluso, como señala Jorge Adolfo Mazzinghi (h) la indignidad puede en el caso particular de la falta de reconocimiento voluntario del hijo neutralizarse si el descendiente testa en favor de su padre renuente a reconocerlo (art. 3297). Más aún, tal consecuencia puede seguirse, como agrega en la nota, con cita de Borda y Pérez Lasala, de otros hechos, como si “el menor no reconocido voluntariamente por su padre anude luego con él una relación estrecha y armoniosa de la que pueda inferirse el perdón de la indignidad” y aun si es purgada con la posesión de la herencia durante tres años (art. 3298, Cód. Civ.) (*Negativa a colaborar con la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria*, en L. L. 1996-D-544).

Desde el Derecho Penal, tuvimos oportunidad de destacar que en los delitos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer soltera el delincuente es eximido de pena si se casare con la ofendida, mediando el consentimiento de esta última una vez puesta en lugar seguro (art. 132, Cód. Pen.), eximición que contrasta con la gravedad de las penas previstas, y que es demostrativa de la especial atención que dispensa el derecho a la formación del vínculo matrimonial, aun en situaciones extremas.

Si pues, como sostienen Alterini-López Cabana (ob. cit.) “hay situaciones en las cuales no obstante la existencia de daño no cabe su resarcimiento”, ejemplificando el caso del resultante del ejercicio regular de un derecho –artículos 34, inciso 4º, Código Penal y 1071, Código Civil–; cuando ello ocurre por imperio de la ley –verbigracia artículo 1053, Código Civil–, y ciertas hipótesis de exigua magnitud del daño, pareciera que estas situaciones son –al contrario de lo que sucede en otros terrenos del Derecho Privado, y nos atrevemos a decir aun del Público– las habituales en el ámbito del Derecho de Familia, donde el daño causado es absorbido y considerado ineficiente frente a valores superiores que el Derecho consagra, y que se vinculan precisamente con el alto grado de solidarismo, prevalecencia del afecto y hasta del altruismo que es dable esperar y aun exigir en las particularísimas relaciones que en él se desenvuelven.

Frente a la compleja trama conformada por el afecto real o presunto y los yerros de que es capaz el ser humano, frente a su versátil naturaleza que transita y se debate muchas veces por los extremos más opuestos de la pasión, frente a los más encontrados sentimientos de amor y de odio que a veces parece encerrar el corazón humano, donde las distancias entre el altruismo y el crimen son a menudo insignificantes, el Derecho apuesta al reencuentro con los sentimientos más nobles y a la prevalecencia final de éstos, dejando sólo para los supuestos donde lo irreparable y lo extenuado de una relación

se unen, la solución drástica del sin retorno. Y aun en estos supuestos aparece dramáticamente cuidadoso en la regulación de los efectos del distracto que siempre presume traumático y costoso en términos de deterioro del ser humano.

Es así que en todo caso la pretensión de reparación de daños y perjuicios sólo puede aflorar cuando definitivamente ha muerto el amor, cuando ya la familia no existe ni en los hechos ni en la ficción del Derecho. Mientras la vida fluye a través de ella, mientras el afecto aún presunto late en su seno, mientras un hálito de esperanza mantiene la expectativa de su destino, la coraza del ámbito familiar permanece inexpugnable al ingreso de consecuencias que son incompatibles con la posibilidad misma de su existencia.

14. Queda dicho así categóricamente que, dada la índole de las relaciones intrafamiliares, ni la naturaleza que les es consustancial ni el Derecho que les es aplicable, en sus manifestaciones supranacionales, en sus preceptos constitucionales y en sus normas comunes, consienten el ingreso de la indemnización por daños en la esfera que les es propia.

Desplazada de esta forma la aplicación de la teoría general del Derecho de Daños cuadra analizar si la misma puede caber en el ámbito externo de la familia, a relaciones provenientes de este campo. Esto es, por ejemplo, a los cónyuges divorciados, o como resulta de utilidad para el caso, al progenitor privado de su patria potestad.

Cabe hacer al respecto una primera reflexión: Tanto el divorcio, que disuelve el vínculo, como la privación de la patria potestad, que se da cuando “por causas que exigen ineludiblemente acudir en protección jurídica del menor ante la nocividad del medio familiar natural (conf. Mendizábal Osés, *Derecho de Menores*, ps. 157 y ss.) [...] debe sustituirse o suplirse la autoridad paterna o materna designándose un tutor o protegiéndolos del modo que dispongan los jueces que ejercen la titularidad del patronato del Estado” (Belluscio-Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 6, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 850) dejan subsistentes deberes propios de la relación familiar precedente, de modo tal que ésta no termina de prolongar sus efectos sobre quienes fueron componentes del grupo.

Así, el divorcio no obsta para que, aun el cónyuge culpable del mismo pueda reclamar lo necesario para su subsistencia si no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos y el otro tuviera medios (art. 209, Cód. Civ.). Con mayor razón, al igual que el cónyuge enfermo en el caso del artículo 203 del Código Civil, el inocente podrá reclamar que el culpable mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos (art. 207, Cód. Civ.), continuar ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal en las circunstancias que prevé el artículo 211 del Código Civil y revocar las donaciones hechas a la mujer en la convención matrimonial (art. 212, Cód. Civ.).

A su vez, el hijo del padre privado de la patria potestad mantiene su vocación sucesoria (art. 3565, Cód. Civ.), en tanto sus progenitores deben cumplir las obligaciones que les imponen los artículos 265, 267 y 268 del Código Civil, siempre que no sean indigentes. Es decir que subsiste el deber de criarlos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aun cuando sus necesidades provengan de la mala conducta del hijo.

Ocorre lo mismo en cuanto hace a la obligación alimentaria que establece el artículo 367, inciso 1º del Código Civil a los hijos mayores de edad respecto de sus padres, por cuanto en el caso de privación de la patria potestad precedente no siempre la causa que la originó va a implicar una causa de desheredación, como exige el artículo 373 para disponer la cesación de la obligación de prestar alimentos (comp. arts. 307, Cód. Civ. y 3474 del mismo Cód.). En lo que respecta a la vocación sucesoria el artículo 3296 del Código Civil marca la indignidad del progenitor para suceder a su hijo no reconocido voluntariamente, o al cual le ha negado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.

Incluso en la nulidad de matrimonio, si existe buena fe por parte de uno solo de los cónyuges, a pesar de que con la sentencia cesan todos los derechos y obligaciones que produciría una unión válida, el cónyuge de buena fe ha de conservar el derecho alimentario con los límites que establece el artículo 209 del Código Civil (conf. Bossert-Zannoni, *Manual de Derecho de Familia*, Astrea, 1988, p. 155), sin perjuicio de que aquí sí explícitamente el texto legal da entrada al reclamo de daños y perjuicios (art. 255, Cód. Civ.).

Esta prolongación de efectos entre quienes han visto truncadas en su raíz las relaciones familiares que les eran propias nos pone en evidencia que el Derecho de Familia ya ha realizado una previsión de las consecuencias que se siguen en cada caso y que ha evaluado y resuelto cuál es la intensidad con que las mismas han de substituir hacia el futuro. También ha previsto su cesación.

Los derechos acordados al cónyuge inocente del divorcio en cuanto a alimentos y ocupación del inmueble asiento del hogar conyugal y aun los que se otorgan al culpable por ser de toda necesidad cesan por vivir aquél en concubinato, contraer nuevas nupcias o por haber incurrido en injurias graves contra el otro cónyuge (arts. 211 y 218, Cód. Civ.).

Los deberes de alimentos entre padres biológicos privados de la patria potestad y sus hijos cesan por la adopción plena posterior, que extingue el parentesco con aquéllos (art. 323, Cód. Civ.; ley 24.779), mas no por la adopción simple que si bien hace cesar la patria potestad del padre de sangre (art. 331, Cód. Civ.) y con ello en nuestro concepto la obligación alimentaria que nace del deber de crianza, no impide que subsidiariamente se mantenga la que nace del parentesco, que subsiste (art. 331, Cód. Civ.) y que podrá ser requerida toda vez que el adoptante no pudiera soportar total o parcialmente

su obligación alimentaria (comp. Julio J. López del Carril, *Derecho y obligación alimentaria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, N° 146, p. 393). En cuanto a los derechos hereditarios, se conservan para el adoptado respecto de su familia biológica, en tanto ésta sólo los mantiene limitados a los bienes que el adoptado hubiere recibido a título gratuito de ella misma (art. 333). Recordemos que “el efecto perseguido al ordenar la transferencia de la patria potestad al adoptante, es solamente permitir que la relación paterno-filial que se ha creado para proteger al menor mediante la adopción simple, pueda cumplir sus fines, lo que exige unidad en las funciones de la autoridad paterna”, ya que “esta transferencia de la patria potestad no importa una sanción a los padres, ni significa la pérdida de la patria potestad respecto de ellos, en los términos del artículo 307 del Código Civil” (Lloveras, Nora, *La adopción en el Derecho argentino*, Depalma, 1994, p. 456).

Por su parte, que “la ley no admite la adopción plena cuando el menor ‘no está abandonado o no se dan las circunstancias que enuncia’ (CNCiv., sala C, 27-12-88, J. A. 1990-I-439)” y que “esta decisión del legislador en orden a la definición de la situación de desamparo del menor que autoriza la adopción plena, no puede ser transgredida otorgando adopciones plenas respecto a menores que no se encuadran en alguna de las hipótesis previstas por la ley” (Lloveras, ob. cit., p. 360).

Esta rescña nos hace ser extremadamente cautos en nuestras apreciaciones. Si bien en estos casos subsisten algunas consecuencias propias del régimen familiar, lo cierto es que ya tal familia se encuentra irreparablemente quebrada, escindida en sus vínculos conyugales, en el caso de los esposos, y en la relación paterno-filial en cuanto atañe a padres e hijos. Tan es así que el artículo 234 del Código Civil no acuerda efecto alguno a la reconciliación en el primer caso, ya que para otorgarle alguna virtualidad sólo cabe la celebración de un nuevo matrimonio, y que la privación de la patria potestad coloca al hijo bajo la patria potestad exclusiva del otro progenitor, si existiera, o en su defecto sucesivamente bajo tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, y bajo el patronato del Estado nacional o provincial (art. 310, Cód. Civ.), situaciones estas últimas que en nuestro criterio implicarían de hecho una virtual declaración en estado de adoptabilidad del menor.

Dejamos de lado el caso de la nulidad matrimonial porque allí en principio nunca existió familia. Ésta no llegó a constituirse por la existencia de un obstáculo que, de no ser removido deviene insalvable o lo es *ab initio* por su naturaleza por lo que nada hay aquí en principio que pueda resguardarse o merezca tutela. De existir alguna viabilidad, la propia ley habilita las vías idóneas para sanear las nulidades relativas en curso.

Por lo que sólo en estos casos, únicamente cuando los hechos y el Derecho

se han conjugado para tipificar acabadamente la irreparable secesión horizontal o vertical en la familia, cuando los canales del diálogo y la conciliación se han cerrado definitivamente, puede habilitarse el ingreso limitado, prudente y medido del Derecho de Daños.

Decimos limitado, prudente y medido, porque tampoco por el origen de la relación ni por la coexistencia del régimen propio al que ya hemos hecho referencia puede admitirse el desborde, la cascada resarcitoria, sin que necesariamente degeneren en excesos que entendemos reñidos con el valor justicia que en definitiva procuramos salvaguardar.

Concurrirán aquí esencialmente dos circunstancias ponderables:

1) La frustración del proyecto familiar, que creemos la ley tasa debidamente, con un sistema propio.

2) Eventualmente, la existencia de un hecho concreto o una suma de ellos que directamente impliquen un ataque material o moral a la persona del cónyuge o del hijo, en tanto revistan intrínsecamente entidad suficiente como para inferir un daño grave a la víctima (vgr. una lesión física, una injuria, un abuso de armas, un abuso deshonesto, una violación, corrupción, instigación a cometer delitos, o un cúmulo de estos hechos), en cuyo caso encuentra un andarivel para su ingreso el Derecho de Daños.

Es decir que este segundo subsistema admitiría la indemnización de los daños derivados de la violación de deberes matrimoniales o paternos que conformen una causal de divorcio o privación de la patria potestad, cuando constituyan un ilícito reparable en sí mismo, como por ejemplo lo son los arriba mencionados.

Esta posición coincide sustancialmente con la que, respecto exclusivamente de los deberes matrimoniales suscribimos en las ya mencionadas "Jornadas de Derecho Civil en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa", en Santa Fe, 8 y 9 de noviembre de 1990 acompañando a los doctores Alterini, López Cabana, Di Lella y Saux.

Es también la que básicamente sostienen Mizrahi y Zabala (*Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas*, en J. A. 1991-IV-680 y *Criterios de atribución de responsabilidad por los hechos que dieron lugar al divorcio*, en L. L. 1991-E-094, respectivamente), cuando coinciden en que si los hechos son intrínsecamente ilícitos, esto es más allá de la existencia o no de matrimonio, sus consecuencias deben ser indemnizadas, pues el matrimonio no confiere una suerte de patente de corso o bill de indemnidad para cometer tales actos, pero que si se trata de los deberes emergentes del matrimonio, al no poderse determinar con precisión a cuál de los cónyuges cabe la responsabilidad por el fracaso, dada la complejidad de los factores que lo desencadenaron, no tiene cabida la indemnización.

En la misma línea, Santos Cifuentes –que adscribe a la doctrina de la especialidad en cuanto al régimen de sanciones provenientes del divorcio, siguiendo la línea trazada por Díaz de Guijarro– admite la aplicabilidad del régimen común en materia de responsabilidad extracontractual respecto de los hechos que den lugar al divorcio “siempre que se trate de hechos de una expansión o gravedad tal que por sí, al margen de la separación personal o divorcio entrañen un verdadero daño moral a la persona del cónyuge (adulterio desembozado que produzca rebajamiento ante los otros, los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves, insultos en público con verdadero escándalo endilgando inmoralidades). Debe tratarse de casos de un acentuado ataque que exceda la medida habitual de la culpa en el divorcio, o sea, hechos que comportan una grave ofensa” (*El divorcio y la responsabilidad por daño moral*, en L. L. del 9-3-90).

La incansable investigadora que es Cecilia Grosman, si bien pareciera admitir con amplitud la aplicación del régimen común de responsabilidad por daños en las relaciones familiares, “como por ejemplo, la reparación que debe el progenitor vencido en un juicio de reclamación de filiación u otro tipo de indemnizaciones reclamadas por incumplimiento de los deberes emergentes de la patria potestad”, se acerca en materia de divorcio o separación personal a la tesis anterior, en cuanto estima “que sólo deben ser reparados los hechos ilícitos cometidos por un cónyuge contra el otro que igualmente hubieran debido ser indemnizados si fuese un tercero y al margen de que exista o no una demanda y sentencia de divorcio. En este punto no comparto el criterio de quienes juzgan inadmisibles una acción resarcitoria, sin que se deduzca la acción de divorcio” (*La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos*, en *Los nuevos daños*, dir. Carlos Ghersi, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 405).

Dejando de lado nuestra amable discrepancia en cuanto no admitimos el reclamo frente a la coraza que conforma el derecho intrafamiliar, en tanto no medie una irreversible ruptura de la relación conyugal, no advertimos motivos que funden el distinto tratamiento que se sigue respecto del vínculo paterno-filial, máxime que más adelante declara adherirse a “la tesis más restrictiva preocupada por ciertas consideraciones psicosociales que por cierto no son ajenas a las soluciones jurídicas” mencionando expresamente, además del hecho de la indeterminación de la responsabilidad de cada cónyuge en el fracaso del matrimonio, y que “la admisión de la acción contradice la filosofía actual del Derecho de Familia en relación al divorcio”, una tercera consideración que nos parece la más sustancial y abarcativa incluso de las dos anteriores, a las que confiere el debido sustento filosófico, como es la que plantea con la pregunta de si ¿la acción de daños y perjuicios es beneficiosa para la familia y satisface necesidades sociales? Resalta luego que “se trata,

entonces, de meditar, si acordar la acción de daños y perjuicios al cónyuge inocente puede ser beneficioso para la familia y si satisface necesidades sociales [...] Creo que ésta debe ser la cuestión central sobre la cual debemos reflexionar. En mi opinión ninguno de estos resultados se consigue si se acuerda la acción de daños y perjuicios al cónyuge inocente” (nos atrevemos a añadir que tampoco si el legitimado es el hijo cuando el vínculo familiar no se ha extinguido). La sola enunciación de qué resultados no se consiguen, hecha por Grosman, nos reafirma en nuestra idea, y nos refuerza en la necesidad de trasladar el argumento al caso del hijo cuyo progenitor ha incumplido el deber de reconocer y dar firmeza al estado e identidad de su hijo: no se previene el divorcio o la separación personal; no es el camino adecuado para atenuar los efectos del divorcio ya producido, y no contribuye al cumplimiento de las funciones familiares (ob. cit., ps. 405/409). Trasponiendo estos términos podemos decir que la acción de daños y perjuicios emprendida por el hijo no reconocido no previene la ruptura del lazo paterno-filial, sino que la potencia; no atenúa los efectos de la falta de reconocimiento, sino que la torna irreversible, y termina de desintegrar la familia.

Aun dentro de quienes sostienen la posición amplia en materia de indemnización del daño material y moral María Josefa Méndez Costa propugna “hacer una razonable apreciación en cada caso, pues sostiene, un hecho puede tipificar una causal de divorcio, pero el daño no reviste la gravedad requerida para justificar la indemnización” (*Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos*, en *Derecho de Daños*, p. 637), y Mosset Iturraspe análogamente se inclina por una consideración casuística en la que “el juzgamiento de la responsabilidad se efectúa sobre la base de justicia y equidad y, por consiguiente, el juzgado tendrá que considerar las circunstancias del caso: la persona, su patrimonio y la índole de la falta” (*Los daños emergentes del divorcio*, en L. L. 1983-C-348).

En definitiva, la concepción que propicio parte de la base de que cuando existe una familia enferma, tal situación tiene que ver mucho más con la indiferencia y el desapego que con el odio, y que consecuentemente no se puede intentar eliminar el desamor sembrando odio, ni implantando la ley del talión, como no se puede apagar con nafta un incendio. Es necesario para procurar insuflar afecto en la familia, para que comience a circular la savia vivificante de ese afecto, preparar los conductos idóneos para ello, y en ese aspecto, si bien los límites no pueden estar ausentes, lo peor que se puede hacer es arrear con las penalizaciones y los castigos, que sólo lograrán potenciar el rechazo, esclerosar los canales aún abiertos y alejar toda posible solución. Los límites deben ser precisos, pero nunca asfixiantes. Pueden presionar, pero no ser toda opresión. Pueden marcar un camino, pero nunca cerrar todas las puertas.

15. Hay también otro motivo de importancia por el cual resulta necesario que para la procedencia del reclamo indemnizatorio previamente se haya accionado por y obtenido la privación de la patria potestad.

¿Qué sucede cuando se acciona por reclamación del estado de hijo extramatrimonial respecto de ambos progenitores?

Escuchemos a Belluscio: “Ninguna duda cabe de que, conforme a esta norma (se refiere al art. 264, inc. 6º, Cód. Civ.), si no media reconocimiento voluntario de ninguno de los padres, la declaración de la filiación por sentencia, en juicio seguido contra uno de los progenitores, determina que el ejercicio de la patria potestad se concentre en éste” (Belluscio-Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 6, Astrea, 1986, p. 800).

Y prosigue: “Si el juicio es seguido contra ambos progenitores, y la sentencia los declara respectivamente padre y madre, se deberán aplicar, para dirigir el ejercicio, las directivas del inciso 5º, distinguiéndose los casos en que los padres conviven o viven separados [...] el problema aparece cuando uno de los padres ha reconocido voluntariamente al hijo, y posteriormente se dicta sentencia que establece la filiación respecto del otro. En tal caso ¿concurren ambos al ejercicio de la patria potestad o sólo lo tiene quien reconoció voluntariamente? [...] resulta que la correcta solución es la segunda, ya que únicamente atribuye el ejercicio de la patria potestad a quien fue declarado padre o madre por sentencia, a falta de reconocimiento voluntario”.

Es decir que, si bien el inciso 6º del artículo 264 del Código Civil da primacía al progenitor que efectuó el reconocimiento voluntario, en ausencia de éste por cualquier motivo que sea (muerte, privación o suspensión de la patria potestad, pérdida de la tenencia), subsidiariamente es al progenitor declarado tal por sentencia a quien en forma inmediata se traslada el ejercicio de tal derecho deber, o lo que es decir igual, potencialmente el progenitor declarado tal en juicio es no sólo titular del derecho de patria potestad, sino del ejercicio.

¿Puede acaso concebirse la titularidad del derecho de patria potestad, por quien no tiene conferido el ejercicio? Para Borda, “...a primera vista parecería que la diferencia es simplemente terminológica, pues si la patria potestad no puede ejercerse es lo mismo que no tenerla” (*Tratado...*, N° 976, p. 229).

Para Belluscio-Zannoni si bien la distinción “acude a nociones conceptuales difícilmente escindibles”, “bien visto, el ejercicio supone ámbitos de actuación práctica, delimitados por la ley, que permiten a uno u otro titular, o a ambos, desarrollar el conjunto de facultades que la titularidad confiere. Puede, entonces, haber titularidad con ejercicio actual de la patria potestad, o titularidad con facultades potenciales de actuación, subsidiarias o dependientes, según lo establezca la ley” (p. 782, con cita de Uriarte, Jorge, PP, B. A., 1981, ps. 60 y ss.; D’Antonio, Daniel H., PP, B. A., 1979, ps. 65 y ss.).

Frente a esa posibilidad actual o potencial de ejercitar la patria potestad, resulta contradictorio y altamente inconveniente que se pretenda viabilizar el reclamo por daños y perjuicios, en tanto el artículo 266 del Código Civil está reclamando a los hijos un deber de “respeto y obediencia a sus padres”, deber que en nuestro concepto sólo deja de tener vigencia cuando media una declaración judicial de privación de la patria potestad, o lo que es lo mismo, cuando se haya determinado judicialmente la relevancia que ha tenido al efecto el haber incurrido en un hecho o acto que la ley califica como causal de privación.

Todo deja de tener sentido cuando simultáneamente se pretende traer a alguien al seno de una familia para luego agredirlo patrimonialmente —al margen de la justicia intrínseca que pueda mediar en la base del reclamo— como si fuera totalmente extraño a ella, contraponiendo un hecho que en su esencia debe albergar al menos el germen del amor, del afecto, con otro que presupone un interés pecuniario que le resulta diametralmente opuesto. La disfuncionalidad del accionar perplejo que comentamos se traduce en un mensaje de una tremenda ambigüedad, absolutamente marginado de los principios tuitivos de la familia que consagra nuestro flamante régimen constitucional, al que en consecuencia el Derecho no puede amparar. Pareciera que nos encontramos frente a la barrera que estableció en el Derecho Romano la regla *venire contra factum proprium non valet*, y en el sistema del *common law* anglosajón el *estoppel by conduct*, que más modernamente ha recibido aplicación y desarrollo en nuestro mundo jurídico hispanoamericano con el título de *La doctrina de los actos propios* (ver la obra que bajo el mismo título, con prólogo de Ramón M. Roca Sastre y como *Estudios de Derecho Comparado* publicó José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1951).

Como señalamos, existe un límite puesto a la tolerancia que un cónyuge o un hijo pueden tener por el otro cónyuge o su padre respectivamente, y ese límite —cuya movilidad puede depender de la voluntad de hacerlo valer o no por parte de aquel en cuyo perjuicio fue transgredido— está constituido precisamente por la configuración de las causales de divorcio y las de privación de patria potestad en su caso. Verificado el comportamiento típico constitutivo de aquéllas, y demandada la declaración de la consecuencia que aparejan (divorcio y privación de patria potestad), tal desenlace desencadena todos los efectos propios de la ruptura. Entre ellos, el de habilitar la responsabilidad civil por los daños y perjuicios irrogados mediante el comportamiento anti-jurídico y culpable trasuntado en el hecho grave que produjo el quiebre de la vinculación familiar, de la comunidad de vida que debió ser su trasunto.

Con relación a lo expresado, nos parece relevante recordar que ya durante la vigencia de la ley 13.252 se había sostenido que no bastaba “la mediación del justo motivo a que se refería el artículo 6° de esa ley al exigir que el adoptante probase haber atendido al menor durante dos años anteriores al

momento de la demanda, con los cuidados de un padre, sino que, además, debe requerirse la existencia de un justo motivo de privación de la patria potestad” (fallo de primera instancia firme de la Capital, Juzg. doctor Cichero, 28-7-50, J. A. 1951-II-11 y ss. y L. L. 60-465; en sentido similar, C2ºCiv. de Capital, 7-9-50, L. L. 60-461).

Es que, como en el caso que nos ocupa, no parece razonable que se admita la coexistencia de situaciones marcadamente incompatibles, como la de una relación plena de adopción y la subsistencia de una anterior patria potestad titularizada en el progenitor natural.

Mientras existen hechos disfuncionales en el orden de las relaciones familiares, que no interfieren grave e irreparablemente en el desarrollo de la vida familiar que no sobrepasen ese límite al que hicimos referencia, no puede tener cabida el Derecho de Daños.

Recién, al producirse un hecho que sobrepasa toda medida, que tiene entidad y gravedad suficiente para constituirse en causa eficiente de destrucción de todo vínculo familiar, al cual la ley le otorga eficacia aniquilante, de tal modo que no puede seguirse hablando de la existencia de esa familia, porque han desaparecido todos los caracteres que la identifican, nace el derecho a indemnización.

16. Mas el primero que debe analizar la gravedad de esa causal es el propio interesado, es decir aquel en cuyo perjuicio se ha cometido el acto. El perdón es la mayor virtud del amor entre cónyuges y padres e hijos, pero sólo puede ejercitarla el que ha sido objeto de la afrenta, y como todo acto de amor no puede ser impuesto, tiene que ser esencialmente voluntario.

En la relación paterno-filial sólo el hijo llegado a la mayor edad podrá convalidar la ruptura que ha importado la privación de la patria potestad, y consecuentemente accionar por daños y perjuicios.

Si nadie demandó tal privación durante su minoridad —como al arribar a la mayoría la patria potestad se ha extinguido—, con la demostración de que han existido los hechos graves constitutivos de causales de privación, aunque ésta ya no pueda disponerse, podrá también reclamar la indemnización por los perjuicios irrogados.

En tal caso, los efectos de aquel vínculo sólo subsistirán en cuanto a la obligación de procurar alimentos cuando ellos fueran de toda necesidad, pero no basada en la relación familiar, sino meramente en una razón de solidaridad humana, manteniéndose excepcionalmente por mandato de la ley la vocación hereditaria.

Queda entonces señalado que en nuestro sistema legal no resulta admisible la acción del hijo contra sus padres por indemnización de daños y perjuicios en tanto éstos no sean privados de la titularidad de la patria potestad respecto de aquél.

17. Por todo lo expuesto, arribamos a las siguientes conclusiones:

1. En nuestra concepción, la acción que se otorgue al hijo para accionar por daños y perjuicios es personalísima, porque el acto de dirigirse contra el progenitor formulándole un reclamo patrimonial por su conducta supuestamente antifuncional reviste también dicho carácter y por tanto no puede ser ejercitado por un representante, sino únicamente por el propio interesado.

En principio, dada la inmadurez que la ley presume en los menores —sean impúberes y adultos— la acción no podrá ejercitarse hasta haber ingresado el hijo en su mayoría de edad, pero atento que los menores adultos tienen capacidad de discernir conforme nuestra ley (art. 921, Cód. Civ.) los mismos podrán excepcionalmente con autorización judicial (arts. 264 quáter, párrafo final, 282 y 285, Cód. Civ.) comparecer en juicio como actores, promoviendo demanda por indemnización de daños y perjuicios contra su padre. Tal autorización deberá ser cuidadosamente evaluada por el juez con auxilio de un equipo interdisciplinario, debiendo en su caso designar al menor un tutor especial para la defensa de sus intereses relativos al reclamo que, reiteramos, debe obedecer a una decisión absolutamente propia y privativa del menor.

2. El curso del término fijado para la prescripción de la acción por indemnización de daños y perjuicios no correrá durante la menor edad del hijo, comenzando su cómputo recién a partir del día en que cumpla 21 años.

3. La titularidad de la patria potestad existe aun sin que medie reconocimiento.

Éste, sea espontáneo o forzado, es en todo caso declarativo, operando con efecto retroactivo al día de la concepción.

En consecuencia, la sentencia que admite el estado de hijo extramatrimonial es de reclamación y declarativa de estado, quedando el hijo emplazado en tal categoría respecto del padre o madre demandados, y en la que sólo se reconoce una situación jurídica anteriormente existente. Por lo tanto, su efecto propio es la retroactividad al momento en que quedó constituida la relación o situación jurídica a la cual se refiere.

4. El *alterum non lædere* y el *ius suum cuique tribuere* reciben una aplicación particularista, específica en el Derecho de Familia, y más puntualmente en las relaciones intrafamiliares, precisamente, por revestir esas características.

5. La responsabilidad civil por daños en instituciones propias del derecho personal de familia excluye la aplicación de los principios generales propios de aquella responsabilidad. Así lo han sostenido Borda, Di Lella, Díaz de Guijarro, Estévez Brasa, y parecieran corroborarlo argumentaciones expuestas por Alterini, López Cabana, Lorenzetti y Cucto Rúa.

Las situaciones que podrían generarse en materia de Derecho de Familia

si diéramos cabida a los principios generales serían imprevisibles. Podría desencadenarse una catarata de reclamos recíprocos entre padres e hijos, y aún más allá, entre ascendientes y descendientes, incluyendo posibilidad de compensaciones, lo que entre otros efectos indeseados podría traducirse en una marcada reticencia a engendrar hijos.

6. El Derecho de Daños, solidarista en su aplicación a las relaciones civiles, se podría tornar en exceso individualista en su traducción al Derecho de Familia, y por tanto incompatible con el mismo, que privilegia el interés familiar sobre el propio de sus componentes, incluso sobre el minoril. El pensamiento que resalta la posición individualista no toma debidamente en cuenta su incompatibilidad con los caracteres esenciales que configuran la familia.

En nuestra concepción, matrimonio y atribución de la patria potestad resultan respectivamente incompatibles con la pretensión de reparación de daños al cónyuge por parte del otro y al hijo por los padres.

Si resulta en cambio posible la reparación civil de daños y perjuicios cuando el matrimonio o la relación paterno-filial se encuentran irreparable e irrevocablemente destruidos, en cuyo caso reasume vigor su aplicación, prudente y medida.

7. La superioridad del interés familiar resulta incuestionable aún más hoy, en mérito a la irrupción en nuestra Constitución de los principios contenidos en los tratados internacionales, que ha hecho señalar a Bidart Campos que los mismos tienen supremacía sobre las normas civilistas, las que por otra parte no pueden interpretarse en el perímetro clásico del Derecho Civil.

8. El *alterum non laedere* debe compatibilizarse con tales principios de Derecho Constitucional Familiar, de lo que se sigue que debe existir una suerte de composición entre el interés a ser resarcido y el de integrarse dentro de una familia cohesionada por fuertes lazos unitivos, lo que origina la necesidad de un sistema propio.

9. La tensión de intereses que importa la pugna entre individualismo e interés familiar aparece reflejada en ciertas sanciones penales que impone el Derecho, de las que en algunos casos exime en función del vínculo de familia, y a las que en otros agrava por igual razón, pareciendo que en el primer caso resulta así porque aquél conserva plena existencia, en tanto en el segundo lo capta como irrevocablemente destruido, a consecuencia del acto punible. También se percibe en institutos como el de la suspensión de la prescripción entre cónyuges y en determinadas prohibiciones de Derecho Procesal.

10. La reforma constitucional ha venido a realzar la importancia de la familia, imponiendo al Estado facilitar los medios y condiciones para procurar la intangibilidad y el equilibrio de aquélla, dotándola de las mejores posibi-

lidades para lograr la consecución de su fin primario: la continuidad del proceso de formación integral de su progeñe y la inserción de la misma en el cuerpo social.

11. La falta de reconocimiento del hijo por su padre biológico constituye un hecho ilícito, a la luz del plexo normativo que conforman el Derecho Constitucional e infraconstitucional (arts. 75, inc. 22, Const. Nac. y 254, Cód. Civ.). Mas ello no importa la procedencia automática de una acción de indemnización por daños y perjuicios con causa en aquel ilícito, atento que no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo el progenitor sobre su actitud, puede llegar a establecerse un vínculo perdurable respecto de su hijo, que el Derecho debe alentar y de ningún modo clausurar como posibilidad, teniendo en cuenta tanto el interés familiar como el del propio menor.

12. A diferencia de lo que ocurre en materia de nulidades matrimoniales, ni en materia de divorcio ni en materia de filiación y ejercicio de la patria potestad la ley refiere, remite o hace siquiera una alusión incidental a la procedencia de la aplicación del régimen de daños. El ingreso de los principios de éste en materia de nulidad de matrimonio y de esponsales resulta fácilmente explicable cuando se repara en que en ninguno de ambos casos se llegó en principio a conformar una familia, tratándose en consecuencia de situaciones que si bien tienen un punto de contacto con ella, la exceden.

13. Ello de ningún modo implica propiciar la absoluta impunidad de las conductas disfuncionales producidas en el seno de la familia, sino que las mismas tienen efectos precisos establecidos por la ley. En el caso del padre que no ha reconocido a su hijo voluntariamente, la ley establece como sanciones su indignidad y la privación del usufructo de los bienes del menor. En todos los casos se trata de un sistema particular, que procura restañar situaciones cuya índole es diversa de la de aquellas donde no está en juego algún tema relacionado con la familia. A tal punto lo procura, que instituciones como la reconciliación, la confirmación, la revocabilidad de la privación de la patria potestad, el perdón, tienden a restablecer el *statu quo ante* y borrar los efectos para el futuro (generalmente también para el pasado dejando a salvo los derechos de terceros) de aquellas conductas. Igual sucede con el Derecho Penal, que también prevé una suerte de *favor matrimonii* en el caso de los delitos contra la honestidad.

La doctrina ha ubicado situaciones en las cuales no obstante existir daño no procede su resarcimiento. Esto es lo que sucede habitualmente en el ámbito del Derecho de Familia, donde el daño causado es en muchos casos absorbido y considerado ineficiente frente a ciertos valores superiores que el Derecho consagra, y que surgen de las características especialísimas que reviste la convivencia en ese ámbito íntimo de relaciones signadas por el afecto que reviste la familia.

Por tal razón, la pretensión de reparación de los daños y perjuicios sólo puede aflorar cuando definitivamente ha muerto ese afecto y la relación familiar se encuentra irreparablemente quebrada.

14. ¿Puede caber la aplicación de la teoría general del Derecho de Daños en el ámbito externo de la familia, a relaciones provenientes de este campo?

Tanto el divorcio como la privación de la patria potestad dejan subsistentes deberes propios de la relación familiar precedente, lo que indica que el Derecho de Familia ha efectuado una previsión de las consecuencias que ha estimado deben seguirse en función de aquella relación mantenida, qué intensidad deben alcanzar, y cuándo cesan, lo que nos hace ser sumamente cautos en nuestras apreciaciones. Pero escindida definitivamente la familia, truncados los lazos conyugales o paterno-filiales en forma irreversible, puede recién entonces habilitarse el ingreso prudente y limitado del Derecho de Daños, el que estará referido esencialmente a hechos concretos que directamente hayan implicado un ataque material o moral grave a la persona del cónyuge o del hijo, constituyendo un ilícito reparable en sí mismo y a la vez causal de divorcio o privación de la patria potestad. En las relaciones de familia, donde lo afectivo tiene absoluta primacía, no se puede implantar la ley del talión, y oponer odio donde hubo indiferencia y desapego, sin más. Cabe poner límites al incumplimiento, pero no asfixiar con ellos.

15. El reconocimiento forzoso de la paternidad extramatrimonial importa cuando no la atribución directa del ejercicio de la patria potestad al reconociente (art. 264, inc. 6º, Cód. Civ.) al menos la potencialidad de tal ejercicio, asignado subsidiariamente para el caso en que el progenitor que lo detente en forma efectiva se encuentre imposibilitado por cualquier motivo sobreviniente para desempeñarlo.

Ante esta posibilidad actual o potencial de ejercitar la patria potestad, resulta contradictorio que se pretenda viabilizar en su contra el reclamo por daños y perjuicios (arg. art. 266, Cód. Civ.). Resulta reñido con el propio acto traer a alguien al seno de la familia para agredirlo patrimonialmente a renglón seguido con una acción de daños y perjuicios.

Sólo excedido el límite puesto a la tolerancia que es dable exigir de un cónyuge o de un hijo respecto de la conducta de su consorte o de su padre, por haberse incurrido en hechos graves que configuran a la vez causales de divorcio o privación de patria potestad por parte de estos últimos, y decretada dicha medida en cada caso por sentencia judicial firme, quedará habilitada la posibilidad de responder civilmente por los daños y perjuicios irrogados.

16. Pero sólo el interesado —en el caso el hijo que acciona contra su padre— está facultado para analizar la gravedad de la causal, en orden a formalizar el reclamo por los daños y perjuicios, inclusive si llegado a la mayor

edad no se hubiera accionado por privación, podrá plantear como previa esta cuestión al solo efecto de habilitar la procedencia de su reclamo resarcitorio.

En tal caso, de todos modos conservará vocación alimentaria cuando los alimentos le fueren de toda necesidad y la hereditaria, como surge de la ley.

Por todo lo que, y conforme surge de lo aquí expuesto, deberá revocarse el fallo recurrido sólo en cuanto recepta la indemnización por daño moral.

Las costas de esta instancia extraordinaria se imponen al demandado en razón de que el éxito parcial del recurso por él impetrado no modificó su calidad de vencido (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

Con este alcance, me pronuncio por la *afirmativa*.

A la misma cuestión planteada, el señor juez doctor de Lazzari dijo:

Adhiero al voto del doctor Hitters.

En lo concerniente al agravio moral, reitero conceptos ya expuestos en la causa Acuerdo 59.680:

a) La falta de reconocimiento de parte del padre habiendo tenido conocimiento de su paternidad constituye una conducta antijurídica. El derecho a la identidad del hijo tiene como contrapartida el deber de los progenitores de reconocer su descendencia. El padre, al haber omitido tal reconocimiento, incurrió en un no obrar voluntario producido con discernimiento, intención y libertad. De otro modo carece de sentido la posibilidad de ejercer la acción de reclamación prevista en el artículo 254 del Código Civil; o no recibe explicación la penalización al padre no reconociente, quien es pasible de la causal de indignidad sucesoria (conf. art. 3296 bis, Cód. Civ.).

Por otra parte, considerar que esa conducta no configura ilícito lleva a consagrar un tratamiento desigualitario entre el padre que reconoce a su hijo voluntariamente y quien no lo realiza. Así, si el padre hubiera reconocido a su hijo y omitiera la satisfacción de la obligación alimentaria incurriría en el delito de incumplimiento del deber de asistencia familiar previsto en el artículo 1º de la ley 13.944. Sin embargo, el padre que no reconociera a su hijo estaría en condición más beneficiosa, al no podersele imputar la comisión de tal delito.

En suma, sostener que la omisión paterna de reconocer la paternidad de un hijo no constituye una ilicitud implica contrariar normas y principios del ordenamiento jurídico positivo, largamente expuestos en el voto del doctor Hitters. En este último aspecto, cabe señalar que la ley 23.264 tuvo por finalidad, entre otras, facilitar la concordancia de los vínculos biológicos y jurídicos.

b) A estar al artículo 898 del Código Civil son actos lícitos las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos. Siguiendo a Brebbia y para delimitar

el campo de lo lícito, puede afirmarse que frente a un acto, el ordenamiento jurídico puede adoptar dos actitudes diferentes: lo prohíbe, imponiendo al agente consecuencias desfavorables si lo realiza; o lo permite. En este último caso se está ante un acto lícito, que se caracteriza por conformidad con lo que dispone el Derecho objetivo. De su lado, acto ilícito es el que transgrede o viola las normas que integran el Derecho objetivo en su conjunto, que pueden asumir las formas de prohibiciones o de mandatos. Hay ilicitud tanto en el caso de que se realice un acto prohibido como cuando se omite un acto que la ley manda (*Hechos y actos jurídicos*, Astrea, t. 1, ps. 53/54).

Ahora bien, y a todo evento, para concluir en la ilicitud *no es necesario que la prohibición del acto sea expresa* (Brebba, p. 55, con cita de Orgaz y Alterini). Toda violación del Derecho objetivo convierte el acto en antijurídico y esa transgresión resulta del cotejo entre el acto y el contenido de la norma, con prescindencia de que la prohibición conste en el texto de la ley en forma expresa. La redacción del artículo 1066 del Código Civil no puede convertir en lícitos actos que contraríen lo dispuesto por el Derecho objetivo por la simple circunstancia de que no se haya dejado constancia expresa de la prohibición en el texto de la norma, si la veda de la realización del acto u omisión surge inequívocamente de los preceptos legales que regulan el caso. El recordado artículo 898 del Código Civil define los actos lícitos como las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, sin distinguir entre prohibiciones explícitas o implícitas, con lo cual, *a contrario sensu*, caracteriza los actos ilícitos como acciones prohibidas expresa o implícitamente por la ley (autor citado, p. 56). Y concluye el doctrinario que vengo glosando: “Si se aceptara que la prohibición debe ser explícita para que se configure la ilicitud del acto, quedaría trastocado todo el sistema del Código Civil, al dejar prácticamente sin sanción la mayoría de los actos vedados por la ley, lo cual conduciría a resultados desde todo punto de vista inaceptables que descalificarían por sí solos esa interpretación literal y mínima del texto del artículo 1066 del Código Civil” (cit., p. 56).

Pero la cuestión, en el caso, adquiere total nitidez. El artículo 1074 del Código Civil estatuye: “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”. El artículo 254 del Código Civil, ya recordado, es el texto legal que impone aquel cumplimiento.

c) La ley vigente (art. 1109 y su sistema, Código Civil y demás principios y normas constitucionales y supranacionales recordadas por el doctor Hitters), establece que *todo el que ejecuta un hecho dañoso debe reparar los perjuicios ocasionados. Y en la ley no hay ninguna otra disposición que elimine este principio en el ámbito de las reclamaciones por reconocimiento de filiación*. Como lo señalara desde antiguo y enfáticamente la Corte Suprema de la

Nación, “es principio del ordenamiento jurídico que rige en la República que tanto la organización social como política y económica del país reposan en la ley. Si bien la exégesis de esta expresión no ha de caracterizarla como un concepto exclusivamente formal, debe estimarse como excluyente de la creación *ex nihilo* de la norma legal, por parte de los órganos específicos de su aplicación, como son, en ejercicio de su jurisdicción, los magistrados judiciales. Es por ello que el ingente papel que en la elaboración del Derecho incumbe a los jueces no llega hasta la facultad de instituir la ley misma. Éstos no pueden proceder, a sabiendas, con prescindencia de su carácter de órganos de aplicación del Derecho vigente, ni atribuirse facultades legislativas de que carecen” (*Fallos*: 234:82).

d) No considero acertado hacer pie en las particularidades del Derecho de Familia para concluir en la inaplicabilidad del régimen general de la responsabilidad. Disciplinar con especificidad situaciones típicas de un determinado fragmento del Derecho no significa quitar virtualidad a otro tipo de deberes generales, que poseen su propia regulación. Es que, como lo enseñara Amílcar Mercader, “los preceptos del Derecho, en cuanto normas que enuncia el legislador, por su naturaleza y por su destino llevan consigo una afinidad acumulativa que excluye la hipótesis de concebirlas como simplemente contiguas. O lo que es lo mismo, que el Derecho se integra en el plexo unitario de su propia totalidad, y sus diversas normas, lejos de yacer en una mera aproximación circunstancial, se vinculan entre sí de manera definitiva que impide separarlas...” (A. y S. 1957-III-494).

Precisamente la ausencia de regulación del punto en la materia particular es argumento que se vuelve en favor de la posición que sustento. Su consideración en tal ámbito era redundante e innecesaria, en la medida en que los principios de la responsabilidad están determinados con carácter general en otra latitud del Código Civil. De otro modo, un elemental criterio de interpretación requería que en el ámbito acotado familiar existiera una norma precisa que dijera categóricamente: la violación o incumplimiento a las obligaciones propias de la instalación paternal solamente produce los efectos normados en esta parte del Código, siendo inaplicable el régimen general de la responsabilidad.

En resumen, las características del Derecho de Familia no pueden negarse o desconocerse. Trascienden en distintos aspectos, como la influencia de conceptos morales y religiosos; el hecho de que las facultades sean al mismo tiempo verdaderas cargas o deberes; el papel restringido de la voluntad privada, insusceptible por ejemplo de disolver el vínculo matrimonial; la no prescriptibilidad de los derechos emergentes del estado de familia; etcétera. Pero estas diversidades ninguna incidencia poseen para signar en modo distinto el tema de la responsabilidad civil. Al menos en la ley nada se dice al respecto.

e) No puede ignorarse, tampoco, que el acogimiento del criterio que pro-

picio eventualmente podría generar numerosos reclamos en hipótesis similares. Al respecto es sumamente ilustrativa la prolija reseña contenida en el voto del doctor Pettigiani. Sin embargo, considero que tales razones no son de carácter jurídico sino de política jurídica, extremo éste de incumbencia exclusiva del legislador. Aquí estamos decidiendo para el caso concreto y solamente para él, analizando la situación litigiosa de los protagonistas de autos y no de los restantes damnificados por falta de reconocimiento filiatorio. Ya se ocuparán de sus circunstancias los jueces a quienes les toque intervenir en los casos concretos que se susciten, quienes con seguridad sabrán salir al cruce de toda inmoralidad y discurrir en cada supuesto dónde hay responsabilidad y dónde no la existe, cuándo se han producido daños y cuándo no los hubo. Porque, en definitiva, no podrá negarse el derecho líquido de un solo afectado, aun a riesgo de que ello motivare aventuras judiciales de terceros. Paralelamente, quienes tienen a su cargo dictar la ley habrán de estimar las correcciones o modificaciones que quepa efectuar a los textos vigentes, si así lo consideran.

Voto por la *negativa*.

El señor juez doctor Salas, por los mismos fundamentos del señor juez doctor Hitters, votó también por la *negativa*.

A la misma cuestión planteada, el señor juez doctor Ghione dijo:

Adhiero al voto del doctor Hitters.

Expresé en la causa Acuerdo 59.680 que el daño moral puede, en ciertos casos, resultar *in re ipsa* (Ac. 44.760 en A. y S. 1994-III-190) y, en otros, requerir su prueba (B. 49.741, sent. del 27-2-90).

El artículo 1068 del Código Civil no contempla lo referente a las formas de acreditarse el daño moral sino al concepto del mismo, a su esencia, a aquello en que consiste.

En el caso de autos la negativa al reconocimiento es antijurídica y se presenta de modo que el daño moral debe entenderse *in re ipsa* (arts. 254 y conec. y 1066, 1074, 1078, 3296 bis y conec., Cód. Civ.).

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

Sentencia

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor subprocurador general, por mayoría, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto; con costas (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Com.).

El depósito previo efectuado queda perdido para el recurrente (art. 294, Cód. Proc. Civ. y Com.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 2º de la resolución 760/68, modificado por la resolución 868/77 y de conformidad con la resolución 1993/94.

Notifíquese y devuélvase.