

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE RECONOCIMIENTO DE HIJO

.....	119
I. Introducción.....	120
II. Fundamentos de la obligación de reparar el daño extrapatrimonial producido por la falta de reconocimiento de hijo	120
III. Presupuestos de la responsabilidad civil	122
1. Antijuridicidad	122
2. Daño	123
3. Relación de causalidad	124
IV. Las eximentes de la responsabilidad	124
V. La responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la paternidad.....	125
VI. Responsabilidad por la falsedad del reconocimiento	126
VII. De los legitimados para reclamar	126
1. Introducción	126
2. Legitimados para demandar la indemnización de daños	128
A) Legitimación del hijo.....	128
a) Hijos menores de edad o incapaces	128
b) Hijos mayores de edad	130
c) Hijos sin discernimiento	130
B) Legitimación de la madre	132
a) Como legitimada indirecta para reclamar el daño moral	132
b) Como legitimada directa para reclamar el daño material	134
c) Como legitimada por el daño psicológico	134
d) Como heredera para reclamar el daño moral sufrido por el hijo	135

VIII. Reseña jurisprudencial.	135
1. Falta de reconocimiento de una menor a la que se había dado trato de hija. Condena a la reparación del daño moral. Limitación de la responsabilidad por la demora de la madre en iniciar el juicio de filiación	135
2. Condena a la reparación del daño moral en un juicio por filiación en el que había mediado negativa a someterse a las pruebas genéticas. Rechazo del pedido de indemnización del daño material	137
3. Reclamo de la madre, en forma personal, del daño moral por el no reconocimiento de su hijo y el reintegro de los gastos por embarazo y por parto	138
4. Indemnización por falta de reconocimiento de una menor de dieciséis años. Allanamiento a la pretensión filiatoria condicionado a que la prueba biológica diera positiva. No disminución del daño por demora materna en iniciar la acción de filiación	139
5. Negativa a la realización de prueba genética. Condena a indemnizar el daño moral aun cuando el menor tuviera pocos años	140
6. Negativa del padre a pagar la indemnización por daño moral por falta de reclamo de la madre a reconocer el hijo y falta de prueba del daño moral	141
7. Prescripción de la acción por no inicio dentro del plazo de dos años desde que los daños se produjeron.	142
8. Reclamo de hijos mayores de edad	142
9. Influencia de la conducta procesal del demandado en la cuantía de la indemnización.	142
10. Desconocimiento intempestivo del vínculo paterno-filial	144
11. La antijuridicidad, la prescripción y el daño en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	145
12. Acumulación de indicios que configuran presunción	148
IX. De la prueba del daño	149
X. De la prescripción	150

XI.	Conclusiones de congresos y jornadas	150
1.	Tercer Congreso Internacional de Daños de 1983.	150
2.	Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa	151
XII.	Conclusiones.	151

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE RECONOCIMIENTO DE HIJO

SUMARIO: I. Introducción. II. Fundamentos de la obligación de reparar el daño extrapatrimonial producido por la falta de reconocimiento de hijo. III. Presupuestos de la responsabilidad civil. 1. Antijuridicidad. 2. Daño. 3. Relación de causalidad. IV. Las eximentes de la responsabilidad. V. La responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la paternidad. VI. Responsabilidad por la falsedad del reconocimiento. VII. De los legitimados para reclamar. 1. Introducción. 2. Legitimados para demandar la indemnización de daños. A) Legitimación del hijo. a) Hijos menores de edad e incapaces. b) Hijos mayores de edad. c) Hijos sin discernimiento. B) Legitimación de la madre. a) Como legitimada indirecta para reclamar el daño moral. b) Como legitimada directa para reclamar el daño material. c) Como legitimada por el daño psicológico. d) Como heredera para reclamar el daño moral sufrido por el hijo. VIII. Reseña jurisprudencial. 1. Falta de reconocimiento de una menor a la que se le había dado trato de hija. Condena a la reparación del daño moral. Limitación de la responsabilidad por la demora de la madre en iniciar el juicio de filiación. 2. Condena a la reparación del daño moral en un juicio por filiación en el que había mediado negativa a someterse a las pruebas genéticas. Rechazo del pedido de indemnización del daño material. 3. Reclamo de la madre, en forma personal, del daño moral por el no reconocimiento de su hijo y el reintegro de los gastos por embarazo y por parto. 4. Indemnización por falta de reconocimiento de una menor durante dieciséis años. Allanamiento a la pretensión filiatoria condicionado a que la prueba biológica diera positiva. No disminución del daño por demora materna en iniciar la acción de filiación. 5. Negativa a la realización de prueba genética. Condena a indemnizar el daño moral aun cuando el menor tuviera pocos años. 6. Negativa del padre a pagar daño moral porque la madre no le reclamó que reconociera el hijo y falta de prueba del daño moral. 7. Prescripción de la acción por su no inicio dentro del plazo de dos años desde que los daños se produjeron. 8. Reclamo de hijos mayores de edad. 9. Influencia de la conducta

procesal del demandado en la cuantía de la indemnización. 10. Desconocimiento intempestivo del vínculo paterno-filial. 11. La antijuridicidad, la prescripción y el daño en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. 12. Acumulación de indicios que configuran presunción. IX. De la prueba del daño. X. De la prescripción. XI. Conclusiones de congresos y jornadas. 1. Tercer Congreso Internacional de Daños de 1983. 2. Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa. XII. Conclusiones.

I. Introducción

El tema que nos proponemos abordar en el presente capítulo es el de los daños causados por el no reconocimiento de hijos y por la nulidad de este reconocimiento. A este fin creemos necesario:

- a) Realizar una reseña de jurisprudencia.
- b) Determinar los presupuestos de la responsabilidad civil.
 - Hecho antijurídico.
 - Factor de atribución.
 - Daños indemnizables.
 - Eximentes de responsabilidad.
- c) Establecer la responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la paternidad.
- d) Analizar la responsabilidad por la falsedad del reconocimiento.
- e) Precisar la responsabilidad de los herederos.

II. Fundamentos de la obligación de reparar el daño extrapatrimonial producido por la falta de reconocimiento de hijo

La cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo.

Por motivos de claridad nos parece apropiado realizar un cuadro comparativo de los motivos dados por quienes admiten la posibilidad de otorgar indemnizaciones por daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento de hijo y quienes no lo hacen, señalando que los últimos argumentos de los partidarios de la tesis restrictiva han sido desarrollados por el señor juez de la Suprema Corte de Buenos Aires doctor Petiggiani, en posición hasta ahora minoritaria.

TESIS NEGATIVA	TESIS POSITIVA
• El reconocimiento es un acto voluntario, no obligatorio, y su no ejercicio no puede generar obligación de reparar¹. • El no reconocimiento no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo el progenitor sobre su actitud, puede llegar a establecerse un vínculo perdurable con respecto a su hijo, que el Derecho debe alentar y de ningún modo clausurar, teniendo en cuenta el interés familiar como el del propio menor². • La falta de reconocimiento ya tiene sanción en la pérdida del derecho de usufructo de los bienes del hijo y en la indignidad. • La aplicación de las normas de la responsabilidad civil podría dar origen a una catarata de juicios. • Existe específica regulación del Derecho de Familia.	• El reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado arbitrariamente. • El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación, y para tenerla debe ser reconocido. • No existe interés del niño a ser dañado ni existe familia alguna entre el no reconociente, la madre y el hijo no reconocido. • La indemnización tiene una función reparadora que no se logra con la pérdida del derecho al usufructo de los bienes de los hijos menores (generalmente inexistentes) ni con la indignidad, que no procede de oficio, requiere petición de parte y puede ser purgada por el transcurso de tres años. • La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales del Derecho. Los precedentes son pocos³.

¹ SCJBA, 17-3-92; minoría en fallo del 28-4-98, E. D. del 16-2-99.

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

³ Una reseña jurisprudencial se puede ver en MEDINA, Graciela, *Prueba del daño por la falta de reconocimiento del hijo (visión jurisprudencial)*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 4, *La prueba del daño - I*, 1999, ps. 111 y ss.

III. Presupuestos de la responsabilidad civil

1. *Antijuridicidad*

Como dijimos, la cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo.

En el primer precedente jurisprudencial dictado en el país⁴, la defensa del padre no reconociente consistió en afirmar que su parte no había violado ningún deber jurídico y que, por lo tanto, no estaba obligado a reparar. Ante esta argumentación cabe preguntarse si existe una obligación jurídica o un deber jurídico de reconocer a los hijos.

Podría contestarse a ese interrogante diciendo que el reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo, y que por ser voluntario no es obligatorio; además podría argumentarse que la madre no puede atribuir la paternidad de un hijo a nadie.

Estos argumentos no son válidos porque una cosa es que el reconocimiento sea voluntario y otra, muy distinta, que sea discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo⁵.

Es que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional, otorgado por la Convención sobre los Derechos del Niño, a conocer su realidad biológica, a tener una filiación, y para tener una filiación paterna extramatrimonial requiere del reconocimiento del progenitor varón, ya que la madre no puede atribuirle la paternidad (art. 250, Cód. Civ.).

El negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar.

Con ello queremos señalar que no basta el no reconocimiento para generar la responsabilidad sino que, además, deben darse todos los presupuestos que obligan a reparar. Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa, debe además haberse producido un daño y existir relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño.

⁴ J1ª Inst.CCom. N° 9 de San Isidro, 25-3-88, E. D. 128-333.

⁵ ZANNONI, Eduardo, *Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo*, en L. L. 1990-A-1.

También constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso mediante la negativa infundada a la realización de la prueba biológica⁶.

2. *Daño*

La necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. Creemos que de lo que se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil, más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo⁷.

Por lo tanto, lo que se debe resarcir, específicamente, es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia y ausencia de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario.

Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial como lo es el derecho a la identidad y, especialmente, el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar puede producir daño moral o daño patrimonial.

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

El *daño material* está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Éstas pueden o no producirse; se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderoso que, de haberlo reconocido, le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales.

⁶ BREBBIA, Roberto, *El daño moral en las relaciones de familia*, en *Derecho de Familia*, libro homenaje a la Prof. Dra. Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 358.

⁷ RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil* cit., 1ª ed., t. I, p. 288, aclara que el estado de familia forma parte del estado civil y constituye un derecho personalísimo.

Pero también puede ser que el perjuicio material no se produzca, como, por ejemplo, en el caso de que quien lo reconoce fuera un progenitor rico y el no reconociente un menesteroso que, aun de haberlo reconocido, ningún auxilio material le hubiera proporcionado, por aquello de que los alimentos se fijan de acuerdo a las necesidades del alimentado y la capacidad económica del alimentante.

3. *Relación de causalidad*

Necesariamente el daño debe ser producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del ilícito. Es decir, debe guardar una relación de adecuada causalidad la falta de reconocimiento espontáneo y el daño reclamado.

IV. Las eximentes de la responsabilidad

El progenitor se eximirá de responsabilidad acreditando la falta de culpa o la culpa de un tercero o el caso fortuito o la fuerza mayor.

La falta de culpa, en general, se producirá cuando se ignore la paternidad, o en el caso fortuito, cuando se encuentre imposibilitado de reconocer por razón de la distancia, aunque los avances en materia de comunicaciones hacen hoy difícilmente producible tal hipótesis, que de todas formas puede darse en lugares enfrentados en un conflicto bélico.

Cabe preguntarse si la *oposición paterna* para que un menor de edad reconozca un hijo extramatrimonial es una eximente de responsabilidad; pensamos que la oposición del abuelo *no es una eximente de la responsabilidad* del menor porque éste está facultado para reconocer a partir de los 16 años, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 286 del Código Civil⁸.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del Derecho francés)*, en *Derecho de Daños*, libro en homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, p. 645.

V. La responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la paternidad

Nos preguntamos si existe alguna responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones tendientes a la determinación de la paternidad.

El cuestionamiento surge porque en el primer pronunciamiento judicial argentino sobre el tema se limitó la responsabilidad, por entender que gran parte del daño había sido causado por la negligencia de la madre en iniciar las acciones de responsabilidad⁹.

Creemos que no se puede retacear la indemnización debida al hijo por falta de ejercicio de la acción por parte de la madre, ya que la madre no se encuentra legitimada por sí para iniciar una acción de determinación de la paternidad; ella la ejerce en representación del hijo o, en su caso, subrogándose en los derechos del hijo, y como para el hijo la acción es imprescriptible, no vemos por qué se puede atribuir responsabilidad por el no inicio de las acciones tendientes a que el obligado asuma sus deberes.

Constituye un *absurdo* que *el padre incumpla*, se responsabilice a la madre cumplidora por no haber intentado con anterioridad las acciones tendientes al reconocimiento y *se limite el resarcimiento del menor*. Si la acción es imprescriptible, no parece que exista una conducta antijurídica de la madre que no actúa procesalmente contra el no reconociente.

Podría decirse que la madre, como representante del menor, es quien se encuentra obligada a representarlo en juicio y que, de no reclamar ella, el incapaz no lo puede hacer. Pero creemos que el *factor de atribución es la culpa del padre, no la demora de la madre*.

Estimamos que tratándose de una acción imprescriptible, al niño no se lo priva de un derecho si no se acciona, y que el daño está causado por la falta de reconocimiento, no por la falta de accionar judicial para lograrlo.

Además, múltiples motivos pueden llevar a la madre a no querer accionar judicialmente, como, por ejemplo, la búsqueda de una solución extrajudicial, la promesa del reconocimiento espontáneo, etcétera.

⁹ J1ª Inst.CCom. N° 9 de San Isidro, E. D. 128-333, consid. 6°.

VI. Responsabilidad por la falsedad del reconocimiento

Resulta bastante común que cuando una madre soltera se casa, el marido reconozca como propio al hijo de su mujer en lugar de adoptarlo.

Ello genera un perjuicio para el menor porque lo emplaza en un estado de familia que no le es propio y le impide al verdadero padre su reconocimiento.

En este supuesto, lo que corresponde es la adopción y no el reconocimiento porque este reconocimiento crea una identidad biológica que no es real.

Aunque en la práctica estas acciones difícilmente se produzcan porque los hijos ven en el reconociente un verdadero padre y no tienen ningún daño que reclamar.

El supuesto en el cual se podría reclamar indemnización es en el caso de hijos de desaparecidos, en los cuales la filiación no sólo es ficticia sino que además encierra un delito.

VII. De los legitimados para reclamar

1. Introducción

Entendemos por legitimación para accionar la aptitud para demandar por reconocimiento y por indemnización de perjuicios¹⁰.

La experiencia jurisprudencial indica que la mayoría de las veces es la madre en representación del hijo quien acciona persiguiendo el reconocimiento de éste, por la reparación del daño infringido al descendiente. Pero hay otros casos en los que la madre, en nombre propio, es quien acciona para obtener indemnización y no siempre se la considera legitimada.

Entendemos que la cuestión reside en determinar en qué casos tienen, tanto madre como hijo, aptitud para reclamar la indemnización y con respecto a qué clase de daños.

Para empezar, es necesario recalcar que está legitimado para pro-

¹⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 240.

mover una acción indemnizatoria quien sufre un daño, entendiendo por tal la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial¹¹. Siguiendo a la doctrina moderna, afirmamos que la noción de interés se extiende al interés simple no ilegítimo¹².

En definitiva, pensamos que la acción de indemnización puede ser intentada *iure proprio* por todos aquellos que acrediten la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial¹³.

Reza el artículo 1068 del Código Civil que “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

Mientras que el artículo 1079 establece que: “La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”.

En los apartados siguientes analizaremos los posibles supuestos de reclamación de daños por la madre y por el menor no reconocido, a fin de determinar en cada caso la legitimación para accionar.

¹¹ RIVERA, *Legitimados para demandar la indemnización de daños* cit., p. 50.

¹² En la doctrina clásica, que surge con JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I, N° 424, p. 305, sólo se reconocía un daño cuando existía un derecho subjetivo violado; así, no se le concedía legitimación para reclamar a la concubina, en tanto ella carecía de derecho subjetivo. Esta doctrina tuvo profunda influencia en la jurisprudencia francesa y también en la doctrina argentina, pero en la actualidad se puede considerar superada tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. Al respecto, en la doctrina, entre otros: ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil* cit., ps. 8/9; SPOTA, Alberto, *Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana*, en J. A. 1947-II-314; BUSTOS BERRONDO, Horacio, *Acción resarcitoria del daño causado por el homicidio*, en *Jus*, N° 3, p. 74; IRIBARNE, *De los daños a las personas* cit., p. 435. En la jurisprudencia es importante el precedente que establece el fallo de la CSJN, “Montini c/Ferrocarriles”, L. L. 1987-A-373, que acepta la legitimación para reclamar los daños por la muerte de un menor a su guardador, que no tenía un derecho subjetivo ni un interés legítimo alimentario del menor.

¹³ En tal sentido se expidieron las I Jornadas Bonaerenses, Junín, 1984.

2. *Legitimados para demandar la indemnización de daños*

A) *Legitimación del hijo*

a) *Hijos menores de edad o incapaces*

No cabe ninguna duda de que el hijo se encuentra legitimado para actuar, porque es él quien sufre el daño. El hijo es el damnificado directo y, por lo tanto, pasible de daño moral y material.

Es él quien puede exigir tanto el reconocimiento como la reparación del daño que sufrió a causa de la omisión paterna o materna.

Su legitimación es indudable para reclamar, pues el interés jurídicamente protegido es el emplazamiento en el estado de hijo.

En caso de ser menor, actúa representado por su madre, con intervención necesaria del Ministerio de Menores, y si fuera incapaz lo hará representado por su tutor.

La jurisprudencia de nuestros tribunales es prácticamente unánime¹⁴ en admitir que el hijo tiene legitimación siendo menor y que debe ser representado por su madre. Pero respecto del punto, cabe traer a colación la interesante opinión del doctor Pettigiani plasmada en un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹⁵. Expresa este magistrado que la acción que se otorga 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*.

Continúa su opinión manifestando que, en principio, y dada la inmadurez que la ley presume en los menores —sean impúberes o adultos—, la acción no podrá ejercitarse hasta haber ingresado el hijo en su mayoría de edad, pero atento a que los menores adultos tienen capacidad de discernir conforme a nuestra ley (art. 921, Cód. Civ.),

¹⁴ J1°Inst.CCom. N° 9 de San Isidro, 25-3-88, E. D. 128-333; CNCiv., sala F, 19-10-89, L. L. 1990-A-2; sala L, 14-4-94, L. L. 1995-C-405; CCCom. de San Martín, sala I, 3-4-97, L. L. B. A. 1997-1069; CNCiv., sala H, 30-3-99, y otros.

¹⁵ SCJBA, 10-11-98, "D., M. R. c/S., A. F.", Ac. 64.506, J. A. del 17-11-99, N° 6168.

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.

Aun cuando se considerara que la acción del hijo para accionar por daños y perjuicios es personalísima, estimamos que puede ser ejercida por intermedio de representantes, porque entendemos que el consentimiento para la disposición de los derechos de la personalidad por intermedio de representantes es admitido cuando no sea contrario a la moral y a las buenas costumbres o a la ley¹⁶.

Como la reclamación del perjuicio sufrido no constituye un acto inmoral ni contrario a la ley o a las buenas costumbres, nos parece indiscutible que la madre puede accionar en representación de su hijo.

Los padres en representación de sus hijos pueden prestar el consentimiento para fotografiar o filmar a un bebé con fines publicitarios, lo que implica la disposición del derecho a la imagen, o pueden accionar por violación al derecho de la identidad; en igual medida pueden solicitar la reparación del daño que le es causado por el progenitor que no los reconoce.

Respecto de la opinión de Pettigiani, nos preguntamos qué pasaría si el menor sufre un accidente y la madre demanda al tercero en representación de su hijo por daño moral. En ese supuesto, nadie le diría que espere a que el hijo crezca para que él considere el daño sufrido. Al contrario, estaría obligada a hacerlo para evitar la prescripción de la acción.

En el caso de la reclamación del daño por el no reconocimiento del hijo, pensamos que no estamos ante un caso diferente. Sólo se está solicitando la reparación del daño infringido al menor y creemos que la madre está facultada para representarlo así como en el resto de los supuestos.

Por otra parte, producido el daño, la reparación debe ser realizada lo más prontamente posible para no agravarlo. Piénsese en el daño psicológico producido al menor, carece de sentido esperar hasta la

¹⁶ RIVERA, Julio César, *Actos de disposición de los derechos de la personalidad*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 6, *Representación*, 1994, p. 110.

mayoría de edad para solicitar su reparación, y, si la madre no puede demandar en representación del hijo, tendrá ésta que pagar el tratamiento para evitar que el daño se agrave.

b) Hijos mayores de edad

En este caso también existe legitimación del hijo, pues es el titular del bien jurídico protegido, sin importar la edad o si es mayor o menor. Así lo ha plasmado la jurisprudencia en un fallo muy interesante de la sala III de la Cámara Nacional Civil y Comercial de Entre Ríos¹⁷, que condenó a indemnizar el daño moral producido por falta de reconocimiento de tres hijos mayores de edad, revocando la sentencia de primera instancia en la cual se había considerado que la ley no reconoce como ilícito civil la omisión de reconocer la paternidad, lo cual constituye un derecho personalísimo no catalogado como una acción ilícita en el ordenamiento normativo.

La importancia del precedente radica en que la acción de filiación extramatrimonial había sido intentada después de que dos de los hijos habían alcanzado la mayoría de edad, y al tiempo de la sentencia los tres actores ya eran mayores, circunstancia que no eximió al padre de su obligación de indemnizar el daño moral causado.

c) Hijos sin discernimiento

La cuestión radica en determinar si el hijo que carece de discernimiento, por tener poca edad o por tener una deficiencia mental o estar en estado vegetativo, tiene legitimación para reclamar el daño moral.

Al respecto, se han sostenido dos tesis en nuestro país.

Tesis negativa

Sus sostenedores entienden que las personas sin discernimiento carecen de legitimación para reclamar el daño moral porque sostienen que no pueden sentir dolor ni aflicción y, por lo tanto, consideran que no se debe reparar el dolor de quien no puede sentirlo.

¹⁷ CCCom. de Entre Ríos, sala III, 8-11-96, E. D. 175-473, comentado por MEDINA, *Prueba del daño por la falta de reconocimiento del hijo (visión jurisprudencial)* cit., p. 127.

Orgaz afirma la imposibilidad de indemnizar a los niños y a los dementes el daño moral pues, a su juicio, ni los unos ni los otros perciben las penurias de este tipo¹⁸.

Tesis positiva

Sus partidarios parten de poner de relevancia que el incapaz es titular de derechos o intereses extrapatrimoniales y que la violación de ese interés debe ser reparada.

Zannoni explica que “la indemnización del daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que ha sufrido afrenta, y que la sufre el menor de escasa edad, y el demente, en igual medida que un mayor de edad o un cuerdo. El resarcimiento en estos casos, no debe considerarse como un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo a un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces”¹⁹.

Por su parte, Pizarro aclara que “La falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter lógicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizar, mas no hacen a su esencia.

”El disvalor subjetivo que se produce en la persona está más allá de lo que siente; se proyecta sobre su espiritualidad, quebrantando su incolumidad y cercenando, frecuentemente, sus posibilidades intelectuales”²⁰.

Aclara Mosset Iturraspe que “el sufrimiento físico y psíquico acompaña a todas las personas, aun a los niños de corta edad y a los ancianos que padecen de ‘reblandecimiento cerebral’, aun a los privados de razón en forma permanente o transitoria. Así como se afirma que mantienen la ‘suitas’ o ‘mismidad’ —que son ellos pese a todo—, que sus derechos son propios y reflejan de algún modo su personalidad,

¹⁸ ORGAZ, *El daño resarcible* cit., ps. 217/239 y 241.

¹⁹ ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil* cit., 1ª ed., 1982, ps. 365/366.

²⁰ PIZARRO, Daniel, *Daño moral causado a personas sin discernimiento*, en J. A. 1996-III-7.

creemos que debe admitirse la posibilidad de padecer en sus estados de espíritu, aunque confundidos, aturridos o debilitados”²¹.

La jurisprudencia ha seguido la tesis amplia y ha admitido la legitimidad para reclamar el daño moral aun en supuestos de menores de muy corta edad. La Cámara de Apelaciones de Junín revocó un fallo de primera instancia que denegó la legitimación para accionar de un menor de muy corta edad (aproximadamente de 3 años). En este precedente se sostuvo que el daño moral futuro y cierto se presumía a partir del desconocimiento del padre, la negativa a someterse a las pruebas biológicas y la falta de apellido paterno²².

B) *Legitimación de la madre*

a) *Como legitimada indirecta para reclamar el daño moral*

Con respecto al daño moral, dice Méndez Costa que no corresponde a la madre el reclamo de este rubro por el no reconocimiento de su descendiente, pues se trataría de resarcir un daño indirecto²³.

En nuestro Derecho, y por imperio del artículo 1079, se admite la reparación a quien padeció por reflejo el perjuicio sufrido por el damnificado directo, pero cuando el daño implicado es el daño moral, el artículo 1078 dispone que “...La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Es decir que la posibilidad de que la madre accione por daño moral está expresamente vedada por la ley.

Así lo ha entendido la sala L de la Cámara Civil²⁴, que se pronunció de la siguiente forma:

- Ante la falta de reconocimiento de parte del progenitor, el hijo no reconocido es el damnificado directo. El interés tutelado por

²¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Daño moral causado a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados indirectos*, en J. A. 1992-IV-559.

²² CCCom. de Junín, 22-9-95, L. L. B. A. 1996-374.

²³ MÉNDEZ COSTA, Josefa, *Visión jurisprudencial de la filiación*, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 172.

²⁴ CNCiv., sala L, 14-4-94, L. L. 1995-C-407.

el Derecho es el emplazamiento del hijo en el estado que le corresponde. La acción pertinente sólo puede ser ejercida por él (art. 259), siendo una acción personalísima.

- Sólo quien se encuentra facultado para exigir una determinada conducta jurídica puede reclamar por el daño moral que su violación le ha causado. El hijo que reclama su filiación está legitimado para reclamar por el daño moral que la abstención de su progenitor le ha causado. Pero no es ésta la situación de la madre, de cuyos pesares no se duda, pero que resulta ubicada como damnificada indirecta.

En el precedente analizado, se trataba de dos personas católicas que mantenían una relación extramatrimonial en la que concibieron un hijo. A partir de la concepción el padre abandona a su pareja y no reconoce al hijo. La madre acciona por el hijo en procura del reconocimiento y a título personal reclama el reembolso de los gastos del embarazo y del parto, y el daño moral.

La sala, en voto dividido, confirma la acción de filiación, hace lugar al reintegro del 50% de los gastos derivados del parto y rechaza la pretensión reparatoria del daño moral solicitada por la madre con los argumentos transcritos *supra*.

La minoría del tribunal entiende que, independientemente del daño moral infringido al hijo, existe daño moral a la madre, que deviene de otra conducta antijurídica, cual es la de no haber asumido los deberes de la paternidad, lo que no sólo produce un daño material de tener que afrontar sola los gastos sino que también, necesariamente, ha de haber producido angustias, sinsabores y dolores al tener que haber asumido todas y cada una de las etapas del parto, embarazo y crianza en forma sola y no compartida.

Si bien, como lo comentáramos precedentemente, nuestro Derecho no permite reclamar daño moral al damnificado indirecto cuando la víctima del daño directo no muere, cabe traer a colación que en los últimos tiempos se viene produciendo una revisión de esta idea aparentemente hermética, justamente por su simpleza. Es que se advierte que la presencia de una persona lesionada es una fuente de lesiones para terceros²⁵.

²⁵ En el tema nos remitimos a lo dicho en el Cap. II, punto VI, apartado 2.D, *Daño moral consecuencia del sufrimiento de los hijos*.

b) *Como legitimada directa para reclamar el daño material*

Por lo dicho en el apartado anterior, consideramos que la madre actúa como legitimada directa cuando reclama el daño material como, por ejemplo, los gastos de parto y de embarazo, que debieron ser soportados tanto por el padre como por la madre. En este caso su legitimación es indudable, tanto como la tendría cualquier tercero que se hubiese hecho cargo de estos gastos.

c) *Como legitimada por el daño psicológico*

Por nuestra parte, pensamos que el daño psicológico no constituye en sí mismo un capítulo independiente del daño material o moral, sino una especie del uno o del otro, toda vez que desde el ángulo del que lo sufre, tanto puede traducirse en un perjuicio material (por la repercusión que pueda tener sobre su patrimonio) cuanto en un daño no patrimonial o moral (por los sufrimientos que sea susceptible de producir)²⁶.

En tanto daño patrimonial, la madre, como legitimada directa, puede reclamar su propio perjuicio psicológico, por aplicación del artículo 1079 del Código Civil, ya que no se trata de un daño moral y, por lo tanto, es de aplicación la limitación contenida en el artículo 1078 del Código Civil.

En materia de daño psicológico, las opiniones no son unívocas ni unánimes. Así, hay quienes sostienen que el daño psicológico es un daño independiente del daño moral; “la calificación no es meramente académica porque según si estos daños son considerados formando o no parte del daño moral, les será aplicable la limitación que en su legitimación activa establece el artículo 1078 del Código Civil”²⁷.

Por nuestra parte, consideramos que la madre puede reclamar los gastos de tratamiento psicológico que la falta de reconocimiento paterno de su hijo le haya producido; es decir, puede reclamar el daño material que, como legitimada indirecta, le produce la negativa paterna

²⁶ BUERES, Alberto y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *El daño a la persona*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, *Daños a la persona*, 1995, p. 302.

²⁷ BUERES y VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit., p. 302.

a reconocer al hijo, pero no puede reclamar la parte moral del daño psicológico propio, por la limitación impuesta por el artículo 1078 del Código Civil.

d) *Como heredera para reclamar el daño moral sufrido por el hijo*

La cuestión radica en determinar si la madre puede continuar con las acciones por daño moral intentadas por el hijo en su carácter de heredera forzosa; consideramos que la “intransmisibilidad del daño moral es relativa ya que el heredero puede ‘continuar’ la acción intentada por la víctima: es decir que la muerte del damnificado directo no extingue la acción de daño moral cuando éste la hubiese iniciado en vida, pudiendo en consecuencia proseguirla el heredero”²⁸.

Sobre la posibilidad de los herederos de continuar con las acciones de daño moral se ha expedido la jurisprudencia plenaria de la Cámara Civil diciendo que: “La acción en curso por reparación del daño moral puede ser continuada por los herederos del damnificado”²⁹.

Consideramos que cuando la acción de reclamación del daño moral sea iniciada por el menor antes de su muerte, la madre como heredera puede continuarla.

VIII. Reseña jurisprudencial

Resulta importante realizar una reseña jurisprudencial sobre este tema, ya que su origen fue evidentemente pretoriano.

1. *Falta de reconocimiento de una menor a la que se había dado trato de hija. Condena a la reparación del daño moral. Limitación de la responsabilidad por la demora de la madre en iniciar el juicio de filiación*

El primer caso jurisprudencial que se dio en la Argentina fue resuelto por el Juzgado N° 9 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

²⁸ PÉREZ LASALA, José Luis, *Derecho de Sucesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 188.

²⁹ CCCom., en pleno, 7-3-77, “Lazarillo, José c/Fernández Narvaja”, E. D. 72-320; L. L. 1977-B-84; J. A. 1977-II-229.

Se trataba de una pareja que se había conocido por razones laborales, luego había iniciado una relación sentimental para finalmente tener una hija y vivir varios años en concubinato, concretamente desde 1975 hasta 1981.

Como la niña no fue reconocida por su progenitor, quien a su vez estaba casado y tenía hijos y nietos, la madre, en representación de su hija, inició una acción de filiación y reclamó daños y perjuicios.

El padre negó el concubinato y no quiso realizarse las pruebas biológicas respectivas. Múltiples testigos demostraron la convivencia entre las partes, siendo de importancia significativa los dichos de la niñera de la menor, que se desempeñó entre los años 1975 y 1981, y quien manifestó que el demandado daba trato de padre a la pequeña.

El demandado fue condenado en la acción de filiación porque la convivencia con la madre al tiempo de la concepción, el trato de hija que le dio a la niña y la negativa absolutamente injustificada a realizarse los estudios genéticos permitieron al magistrado presumir la paternidad del imputado.

Pero, además, se lo condenó a pagar daño moral por la falta de reconocimiento de la menor, fundado en razones constitucionales. El tribunal consideró que existe un derecho constitucional implícito a tener filiación³⁰ y que la falta de reconocimiento voluntario de la menor constituye un comportamiento antijurídico que produce un daño moral.

Concretamente, se puso de relevancia que, en el caso, se trataba de una menor de 13 años que durante una década y tres años había sido *negada por el padre* y llevaba el “sello de la ilegitimidad”, al ser conocida como hija de “madre soltera”, estigma que en la clase media conlleva a una minusvalía social.

³⁰ El fallo es anterior a la reforma constitucional y se basa en los derechos implícitos contenidos en el art. 33 de la Const. Nac.; J1^a Inst.CCom. N° 9 de San Isidro, E. D. 128-333, comentado por BIDART CAMPOS, Germán, *Paternidad matrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo. Aspecto constitucional*. En la actualidad ninguna duda queda del rango constitucional del derecho del niño a conocer su identidad biológica tras la reforma constitucional a las convenciones de derechos humanos, entre ellas la Convención sobre los Derechos del Niño.

El demandado resistió la pretensión resarcitoria señalando que no existía un deber jurídico que lo obligara que él hubiera dejado de cumplir; tal defensa no tuvo acogida porque la jueza entendió que se había violentado el deber jurídico de no dañar a otro al no reconocerla voluntariamente. En la especie, se condenó a pagar la suma de A 50.000, cifra inferior a la reclamada, ya que el tribunal estimó “que no es el padre el único responsable del daño sufrido por la menor, consideró que si la madre hubiera efectuado el reclamo pertinente al poco tiempo del nacimiento o luego de una prudente espera del prometido reconocimiento, le hubiera ahorrado a la hija gran parte del daño moral al que me he referido: por lo pronto el experimentado en su vida de relación”³¹.

La sentencia fue confirmada por la sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, con voto del doctor Arazi. En dicho pronunciamiento se aclaró que la madre de la menor bien pudo haber ahorrado a la misma parte de su sufrimiento con una demanda deducida más tempranamente. Pero también se puntualizó que la madre sí reconoció a su hija en su momento, cumpliendo con su deber de progeneritora, y que su conducta no había sido el objeto del litigio³².

2. *Condena a la reparación del daño moral en un juicio por filiación en el que había mediado negativa a someterse a las pruebas genéticas. Rechazo del pedido de indemnización del daño material*³³

Una pareja vivió en concubinato desde antes de la concepción. Nacido el hijo, el progenitor acompañó a la madre durante el parto y se comportó frente a los médicos como el padre; no obstante ello, se negó a su reconocimiento. Por lo cual, la madre, en representación de la menor, accionó reclamando el reconocimiento, el daño moral y el material. El demandado se negó a someterse a las pruebas genéticas,

³¹ JI*Inst.CCom. N° 9 de San Isidro, “E. N. c/G. F. C.”, 29-3-88, E. D. 128-333, consid. 6°.

³² CCCom. de San Isidro, sala I, 13-10-88, E. D. 132-477, con comentario de MAKIANICH DE BASSET, Lidia y GUTIÉRREZ, Delia M., *Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo*.

³³ CNCiv., sala F, 19-10-89, L. L. 1990-A-2.

éstas fueron practicadas en sus hermanos e indicaron una probabilidad del 95,8% que el requerido fuera el padre del menor. En primera instancia se hizo lugar a la demanda de filiación pero se rechazó la de indemnización de los daños morales y materiales.

La sala F de la Cámara Nacional Civil de la Capital hizo lugar al reclamo del daño moral y rechazó el material por falta de prueba.

Es importante señalar que en la sentencia de segunda instancia se dijo que en la falta de reconocimiento voluntario la reparación del daño moral “se impone” sin exigir prueba directa de su existencia. El voto del doctor Bossert precisó que el daño moral provenía de no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado en las relaciones familiares.

En cambio, rechazó la existencia del daño material por no haberse alegado en qué consistía ni haberse establecido su cuantía.

En el caso, entendemos que la madre estaba legitimada para reclamar el daño material porque seguramente debió afrontar sola los gastos que debieron haber sido compartidos por ambos progenitores.

3. *Reclamo de la madre, en forma personal, del daño moral por el no reconocimiento de su hijo y el reintegro de los gastos por embarazo y por parto*³⁴

Este caso es muy importante porque aborda el problema de la legitimación activa de la madre para reclamar el daño moral que a ella le causa la falta de reconocimiento del hijo. Los presupuestos fácticos eran los siguientes: dos personas católicas mantienen una relación extramatrimonial en la que se concibe un hijo; a partir de la concepción, el padre abandona a su pareja, intenta desalojarla del departamento donde convivían, no brinda ningún tipo de ayuda moral ni económica durante el embarazo y parto, permanentemente injuria a la madre y, por supuesto, se niega a reconocer al hijo. La madre acciona por el hijo en procura del reconocimiento y a título personal le reclama el reembolso de los gastos del embarazo y del parto, y el daño moral.

³⁴ CNCiv., sala L, 14-4-94, L. L. 1995-C-405.

La sala, en voto dividido, confirma la acción de filiación, hace lugar al reintegro del 50% de los gastos derivados del parto y rechaza la pretensión indemnizatoria de la madre del daño moral, señalando que el hecho antijurídico es la falta de reconocimiento, que el legitimado directo para reclamar el daño moral por el no reconocimiento espontáneo es el hijo y que la madre carece de legitimación para ejercer la pretensión reparatoria de su daño moral por la falta de reconocimiento.

El comentarista del caso –Gregorini Clusellas– señala –con acierto a nuestro juicio– que en ese supuesto el daño moral de la madre y del hijo eran distintos, con distinto origen y resarcibles ambos³⁵.

Por nuestra parte, coincidimos en que hubieron dos conductas antijurídicas por parte del padre: por un lado, el incumplimiento de su deber de reconocer al hijo, lo que lo legitima a éste para reclamar por el daño causado por la violación a su derecho a la identidad personal.

Por otro lado, el incumplimiento de los deberes de asistencia para con el hijo que hace que ellos hayan sido asumidos por el otro obligado –la madre–, quien no sólo sufre el daño material de tener que pagar en forma personal lo que le corresponde al padre sino que, en la especie, padece un daño moral importante por el sufrimiento que le ocasionó afrontar sola lo que debió ser compartido, con más las injurias a las que el padre la sometió.

4. Indemnización por falta de reconocimiento de una menor de dieciséis años. Allanamiento a la pretensión filiatoria condicionado a que la prueba biológica diera positiva. No disminución del daño por demora materna en iniciar la acción de filiación

La madre reclama en representación de la hija la filiación paterna y la indemnización por daño moral. El padre se allanó a la pretensión filiatoria condicionado a que la prueba biológica diera positiva, rechazó el pedido de indemnización por entender que no había causado ningún daño moral e hizo hincapié en el tiempo que demoró la madre en reclamar en nombre de su hija (casi dieciséis años).

³⁵ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *El daño moral en la negativa de filiación y legitimación al resarcimiento*, en L. L. 1995-C-413.

El tribunal consideró que el demandado no podía ser eximido del pago del daño moral por el hecho de haberse allanado a la demanda condicionado al resultado de la prueba biológica, ya que él había reconocido los encuentros íntimos mantenidos con la madre de la actora y el conocimiento del estado de gravidez en que se encontraba aquélla, y, no habiendo alegado que la mujer tuviera otros compañeros sexuales, fácilmente podía advertir que la actora era su hija y debió haber reconocido espontáneamente a la criatura.

Por otra parte, se consideró que si bien es cierto que la madre pudo haber ahorrado a la hija parte de sus sufrimientos con una denuncia deducida más tempranamente, no lo es menos que la madre sí reconoció a la hija en su momento, cumpliendo con su deber de progenitora y que su conducta no ha sido objeto de este litigio.

“En cuanto al daño moral, éste se tuvo por acreditado por la sola comisión del hecho antijurídico que surge de los hechos mismos. Si así no fuera, no habría mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio y notorio; el transitar por la vida sin más apellido que el materno, sin poder alegar la paternidad, causa en cualquier persona un daño psíquico marcado. Tanto más, debe pensarse, en un caso como el que nos ocupa, en que la menor accionante tiene ya 19 años, vale decir, que se encuentra en una etapa, como la adolescencia, que se caracteriza por la extremada susceptibilidad, sensibilidad enmarcada en el plano de los pensamientos, necesidad de reconocimiento y afecto, cuestionamiento de la propia personalidad e inseguridad en todos los campos, a punto de sentir desprotección, desvalimiento aun cuando no es real, y tanto más cuanto si hay razón para sentirlo de tal modo³⁶.

5. Negativa a la realización de prueba genética.

Condena a indemnizar el daño moral aun cuando el menor tuviera pocos años

El demandado en una acción de filiación se negó a la realización de las pruebas genéticas tendientes a la demostración de su paternidad sin aducir motivo valedero alguno; por tal motivo, fue condenado en primera instancia en la acción de filiación contra él intentada, pero el

³⁶ CNCiv., sala L, 23-12-94, fallo 46.397, E. D. 62-247.

fallo del primer tribunal no hizo lugar al reclamo de la menor en orden a los daños y perjuicios, por entender que no se había demostrado el perjuicio moral sufrido por el menor de muy corta edad (aproximadamente de 3 años).

La Cámara de Junín, con voto del doctor Venini, revocó la sentencia, acogiendo la demanda de reclamo de indemnización del daño moral y condenó a pagar una indemnización de \$ 15.000 porque “el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral futuro en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente”³⁷.

6. *Negativa del padre a pagar la indemnización por daño moral por falta de reclamo de la madre a reconocer el hijo y falta de prueba del daño moral*

El demandado se negó a pagar el daño reclamado por el menor manifestando que la madre no le había requerido que lo reconociera. El tribunal entendió que, si bien la actora no intentó “reiteradas veces que el demandado reconociera al niño”, lo cierto es que éste admite que por lo menos una vez ello ocurrió. Más aún, el demandado dijo que estuvo a punto de reconocer al menor aun sin verificar biológicamente la paternidad. Sin embargo no lo hizo, dejando así que el niño siguiera sin padre durante dos años más.

Esta situación, que pudo ser evitada por el demandado, sin perjuicio de que después se dirimieran judicialmente las cuestiones económicas, ha ocasionado sin duda un verdadero daño moral en el hijo.

En este aspecto, señaló que no hace falta prueba del daño *sino que éste se presume* cuando ha habido una lesión a un derecho personalísimo derivado del incumplimiento de una obligación legal que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su progenitor (art. 254, Cód. Civ.), ya que es obvio que la “falta” de padre provoca dolor aunque éste pueda ser de distinta intensidad según las distintas circunstancias del caso³⁸.

³⁷ CCCom. de Junín, 22-9-95, L. L. B. A. 1996-374.

³⁸ CNCiv., sala I, 19-8-97, “U. A. M. c/M. J. O.”, L. L. 1997-E-478.

7. Prescripción de la acción por no inicio dentro del plazo de dos años desde que los daños se produjeron

La Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca declaró prescripta la acción de daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento del hijo porque entendió que la acción para reclamar tales perjuicios quedó expedita desde el momento en que éstos se produjeron, y como el hijo no la había intentado en el plazo establecido en el artículo 3956 entendió que la demanda debía ser rechazada.

Consideramos errada tal solución porque la acción para reclamar daños y perjuicios se encuentra expedita desde el momento en que se determina la paternidad por sentencia y no antes de que se tenga la certeza de quién es el padre³⁹.

8. Reclamo de hijos mayores de edad

La sala III de la Cámara Nacional Civil y Comercial de Entre Ríos condenó a indemnizar el daño moral producido por la falta de reconocimiento de tres hijos mayores de edad, revocando la sentencia de primera instancia en la cual se había considerado que la ley no reconoce como ilícito civil la omisión de reconocer la paternidad, lo cual constituye un derecho personalísimo no catalogado como una acción ilícita en el ordenamiento normativo.

La importancia del precedente radica en que la acción de filiación extramatrimonial había sido intentada después de que dos de los hijos habían alcanzado la mayoría de edad, y al tiempo de la sentencia los tres actores ya eran mayores, circunstancia que no eximió al padre de su obligación de indemnizar el daño moral causado⁴⁰.

9. Influencia de la conducta procesal del demandado en la cuantía de la indemnización⁴¹

La madre, en representación de su hijo, inicia demanda de filiación

³⁹ C1°CCom. de Bahía Blanca, sala I, 28-10-93, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 9, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 130, con comentario de ILUNDAIN, Mirta, *Daños y perjuicios por falta de reconocimiento de la filiación. Prescripción*.

⁴⁰ CCCom. de Entre Ríos, sala III, 8-11-96, E. D. 175-473.

⁴¹ CNCiv., sala II, 30-3-99, "C., M. L. y o. c/J., L. J.", J. A. del 26-1-2000, p. 62.

paterna y reclama indemnización del daño moral. Alega que tuvo una relación con el accionado que derivó en intimidad sexual y a consecuencia de la cual quedó embarazada en el mes de julio de 1984.

El demandado, al contestar la demanda, niega relación alguna con la actora a la que sólo dice conocer en forma mediata a través de su hermana y, fundamentalmente, niega la existencia de relación de intimidad o relación sexual con la madre del menor.

Comprobada la relación de ambos y condenado el accionado en primera instancia por daño moral, apela manifestando que el juez de grado no tuvo en cuenta que era razonable cierto grado de incertidumbre inicial, el que una vez despejado con el estudio de ADN, generara el reconocimiento espontáneo del menor.

Pautas tenidas en cuenta por la Cámara para rechazar el recurso interpuesto por el demandado:

- Negación, por parte del demandado al contestar la demanda, de cualquier tipo de relación con la madre del menor.
- Que el accionado se haya prestado a realizarse las pruebas de ADN no mejora su posición, ya que si no lo hubiese hecho, se hubiera encontrado con la presunción adversa a la posición negativa contenida en el artículo 4º de la ley 23.511.
- Si su intención era alcanzar un grado de certeza respecto del nexo biológico, nada le impedía hacérselo saber a la reclamante a efectos de someterse a los exámenes que fueran menester para hacer desaparecer la confusión antes de llegar al pleito o en la audiencia celebrada o al contestar la demanda.

Entiende el juez preopinante, doctor Achával, que debido a estas pautas de conducta observadas, el demandado se ha negado a reconocer la paternidad del hijo y está obligado a resarcir el daño moral que le infringiera.

Respecto de la cuantificación del daño, la Cámara tuvo en cuenta las siguientes pautas a fin de establecer la cuantía de la indemnización:

- Aceptación de la paternidad una vez conocido el examen hematológico. Si bien para la procedencia de la indemnización por daño moral se dijo que no mejoraba la situación del de-

mandado el haberse prestado a la prueba de ADN, sí, en cambio, su disposición a realizar el examen fue tomada en cuenta a los fines de establecer la cuantía de la indemnización y disminuirla.

- Nivel socioeconómico de las partes.

Por ello, el tribunal redujo la indemnización a la suma de \$ 40.000.

10. *Desconocimiento intempestivo del vínculo paterno-filial*⁴²

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda de filiación; determinó que la menor era hija del accionado y fijó en concepto de daño moral la suma de \$ 5.000.

Apeló la parte actora por considerar insuficiente la suma fijada como reparación del daño moral.

La actora reclamaba la suma de \$ 25.000 en concepto de resarcimiento.

Particulares circunstancias fueron tenidas en cuenta por el Superior Tribunal para establecer el monto del resarcimiento:

- La actora no produjo prueba específica que permita sopesar en concreto la repercusión menoscabante que el hecho antijurídico del demandado provocó en la menor, nacida el 10 de junio de 1979, por lo que sólo cabe presumir su incidencia por tratarse de un daño *in re ipsa*.
- De las propias expresiones de la accionante surge que el padre de la menor se comportó como tal, conviviendo con su madre y con ella como un verdadero grupo familiar, abandonando el hogar, según dichos de la actora, cuando la niña tenía 12 años.
- Los pretextos del demandado en los momentos contemporáneos al nacimiento y posteriores a éste para no manifestar su reconocimiento ante el Registro Civil no han incidido en la hija, al menos hasta el momento del abandono, en términos de daño moral, *pues no existe constancia* que permita ponderarlo.
- Hasta el alejamiento intempestivo del padre, la menor contó con su progenitor con todas las implicancias sociales y psicológicas que esto implica.

⁴² CCCom. de San Martín, sala II, 18-2-99, “G., H. P. c/R., C. A. S. s/Acción de filiación”, E. D. 184-219.

- Según la propia actora, “nunca nos importó no llenar formas legales ya que en los hechos fuimos una familia”.
- Es legítimo presumir que el alejamiento intempestivo del progenitor, especialmente en la época en que la hija entraba en la preadolescencia, puso en crisis su estado de familia por la negación del vínculo paterno-filial, y también puso en crisis la misma identidad de la damnificada y su integridad física y moral.

En su voto, el doctor Cabanas presume el daño en la etapa en la cual el padre se aleja del hogar negando en forma abrupta su vínculo, pero exige la prueba del menoscabo en la etapa en que vivían todos juntos como una verdadera familia, la que no se produjo en autos.

En consecuencia, si bien no accede a fijar el monto solicitado por la accionante, que le resulta excesivo, eleva el cuántum del daño fijado por el a quo a la suma de \$ 10.000.

11. *La antijuridicidad, la prescripción y el daño en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*

Consideramos importante el análisis pormenorizado de este precedente por los importantes temas que aborda y por la profundidad de los fundamentos que dieron sustento a los distintos votos.

En primera y segunda instancias se hace lugar a la demanda de filiación promovida por R. D. M. en representación de su hija menor I. D. contra F. S. A. y también al reclamo del daño moral.

Se alza el demandado mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y la existencia de absurdo.

Dos son los temas centrales de la impugnación:

- Cómputo de la prescripción para el reclamo del daño moral, entendiendo el recurrente que si bien lo es a partir de tener expedido el título de la obligación, en el caso, la falta de dicho título en tiempo oportuno fue por omisión de la madre de la actora en procurarlo.
- Procedencia y monto del daño moral.

La Suprema Corte de Buenos Aires rechazó el recurso interpuesto por el demandado, en un fallo dividido que, por su importancia, analizaremos pormenorizadamente.

Con respecto a la cuestión de la prescripción: el doctor Hitters expresó que de acuerdo con 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 y perjuicios fue interpuesta junto y a las resultas de la de filiación, corresponde desestimar el recurso y rechazar la excepción.

Concuerdan con su opinión los doctores San Martín, Negri, De Lázzari, Ghione y Salas.

El doctor Pettigiani, en su extenso voto, manifiesta: “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”.

Estamos frente a dos causas que establece nuestro Código para la suspensión de la prescripción, “beneficio que la ley acuerda en consideraciones y motivos de carácter especial que son las fundadas en la incapacidad de las personas, como ocurre en los casos de minoridad y demencia (3966) y 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 prescripción entre esposos que se encuentra suspendida”.

El doctor Pettigiani vota por la improcedencia de la representación materna para el ejercicio de actos o acciones personalísimas que no exijan urgencia o impliquen riesgo para el hijo menor representado. Señala que la acción de reclamación del daño moral, precisamente por estar dirigida contra el otro progenitor, resulta una acción reservada al individuo dañado. Por ello, hace correr la prescripción a partir de la llegada del menor a los 21 años.

Con respecto a la cuestión del daño moral: el doctor Hitters manifestó en su voto que a los fines de resarcir el daño moral se deben tener en cuenta pautas como la edad del legitimado activo, los resultados de los análisis o los motivos del progenitor para negarse a hacérselos, las causas invocadas para desconocer la paternidad (como, por ejemplo, razonables dudas de haber tenido relaciones íntimas con la madre aptas para engendrar).

De acuerdo a lo que surge del voto del magistrado en comentario, se debe tener especialmente en cuenta la responsabilidad de quien se sustrajo de un deber jurídico de reconocer a su descendencia y que luego, al ser demandado, no contribuyó a despejar las dudas que razonablemente podría albergar su hijo.

El doctor San Martín no concuerda con la postura de Hitters expresando que en lo que respecta al daño moral, manifiesta que afirmar que la mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de la filiación extramatrimonial constituye una ilicitud está en pugna con lo establecido por el artículo 1066 del Código Civil.

La omisión paterna de reconocimiento no constituye por sí sola una ilicitud en nuestro ordenamiento jurídico.

Con referencia a esta cuestión, el doctor Negri expresó que 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. Por ello, concuerda con la postura del doctor Hitters.

Pettigiani se manifestó contrario a la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia, ya que considera que 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 el Derecho de Familia aparece atemperado, amonorado por un deseo tácito que ronda todo el sistema de que ese resarcimiento sea postergado en aras de favorecer la unidad familiar.

Agrega que discrepa en asignar automáticamente reparación por daño moral a cualquier ilicitud que se cometa en este ámbito, y expresa que Hitters en su voto despoja el “principio de la reparación” de generalidad porque lo hace depender de circunstancias que enumera. Por ello, 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 pretensión de interpretación analógica o extensiva a otros supuestos que puedan presentarse.

Respecto de los argumentos dados por el doctor Pettigiani en la

sentencia analizada, referidos a la no aplicación de las normas de la responsabilidad civil al Derecho de Familia en aras de procurar la unidad familiar, cabe preguntarnos de qué unidad familiar estamos hablando cuando fue el hijo quien debió concurrir ante la justicia a fin de quedar emplazado como tal.

Amén de ello, la imposición de un resarcimiento no es óbice para que el padre pueda con posterioridad acercarse a su hijo si así lo desea. Recordemos que el daño moral tiende a reparar el perjuicio sufrido por el hijo, pues en especie no puede resarcirse. El padre no puede volver el tiempo atrás y curar de esa manera el daño producido a su hijo. Sí podrá hacerlo en el futuro.

12. *Acumulación de indicios que configuran presunción*⁴³

La madre, en representación de su hijo menor, acciona por filiación y daño moral, demanda que es rechazada en primera instancia.

La actora apela la sentencia señalando como error del sentenciante de grado haberle exigido la posesión de estado cuando el demandado niega su paternidad y por no haber interpretado que la negativa del demandado a hacerse la prueba biológica constituía presunción en su contra.

La Alzada dispuso como medida para mejor proveer la realización de pericia antropométrica y antropomórfica a la que el demandado no concurrió.

Sentencia de la Cámara: el doctor Ojea opinó, en concordancia con la jueza de grado, que la negativa a someterse a los exámenes, si bien es un indicio en contra del accionado, no constituye plena prueba, con lo cual, por sí sola y sin otra apoyatura, no llevaría a la consecuente atribución de la paternidad.

Agrega que la ausencia del accionado a la prueba dispuesta por la Cámara, como medida para mejor proveer, no puede computarse doblemente ni puede significar dos indicios autónomos acumulables. Por ello, estima que la demanda promovida debe rechazarse.

Afortunadamente, los otros dos jueces opinaron en sentido contrario. Así, el doctor Céspedes manifestó que la doble negativa a so-

⁴³ CCCom. de Azul, sala I, 11-12-96, "C., S. c/De la R., R.", J. A. 1999-III-505.

meterse a los exámenes imprescindibles para dilucidar la verdad constituyen indicios separados que se suman y que, al ser graves, precisos y concordantes, dan lugar a que se extraiga la presunción. Por ello, hace lugar a la acción de filiación.

Fijación del monto de reparación del daño moral: el Tribunal tuvo en cuenta la *edad del hijo (4 años)*, por lo que considera que el daño tendría comienzo de manera reciente. Por ello fijó la suma de \$ 1.500.

El doctor Onett de Dours votó en igual sentido que el doctor Céspedes.

En el precedente analizado se tuvo especialmente en cuenta la conducta del demandado en el proceso, que no ayudó a dilucidar la verdad de los hechos controvertidos.

Coincidimos con el voto de la mayoría pues, si bien es cierto que la actora no había producido más que la prueba biológica, también lo es que cabe preguntarnos qué pasaría en los casos en que la madre no cuenta más que con ese medio de prueba, ya sea porque no hay testigos de la relación o porque las pruebas se han perdido, etcétera, ¿dejaríamos sin filiación a un hijo si su supuesto padre no colabora en la determinación de la verdad?

IX. De la prueba del daño

Cualquier medio de prueba es admisible para acreditar los daños materiales y morales, pero del análisis de los precedentes jurisprudenciales citados advertimos que en unos pocos se ha hecho uso de la prueba pericial psicológica para demostrar el daño moral y que en los restantes, en general, se ha considerado probado el daño por presunciones.

Cabe aclarar que las presunciones no pueden ser consideradas como un verdadero medio de prueba sino como una forma de razonamiento del legislador o del juez, por el cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho que es el presupuesto fáctico de una norma, atendiendo al nexo lógico existente entre los dos hechos⁴⁴.

⁴⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto J., *La prueba en los juicios por daño*, La Rocca, Buenos Aires, 1996, p. 344, y MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Cívitas, Madrid, 1996, ps. 102/103.

Si bien las presunciones no son un verdadero medio de prueba, tienen efectos probatorios y, por ello, pueden ser consideradas como método para probar, ya que son válidas para dar por probado un hecho afirmado por las partes.

De acuerdo a lo antes dicho, en el método presuncional es necesario que existan tres elementos:

- 1) Un hecho básico probado.
- 2) Un hecho presumido.
- 3) Un nexo lógico⁴⁵.

En este caso probada la falta de reconocimiento lógicamente se presume el daño. Si bien ello es innegable también es cierto que para fijar el cuántum indemnizatorio es aconsejable aportar el máximo de prueba que facilite la cuantificación del daño.

X. De la prescripción

A nuestro entender, la acción de daños y perjuicios prescribe a los dos años —conforme lo dispone el artículo 4037 del Código Civil—, comenzando a correr dicho plazo de prescripción cuando se obtiene el emplazamiento de hijo.

XI. Conclusiones de congresos y jornadas

1. Tercer Congreso Internacional de Daños de 1983

La filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente. El factor de atribución de reprochabilidad es subjetivo. Debe atribuirse responsabilidad a quien no pueda justificar error excusable.

Debe tenerse por acreditado el perjuicio al menor por la sola negativa al hijo propio. Deben resarcirse los daños que sean consecuencia inmediata o mediata previsible del no reconocimiento (arts. 903 y 904, Cód. Civ.) y también será resarcible el daño moral infringido al hijo que es damnificado directo (art. 1078, Cód. Civ.).

La madre del menor que omitió el consentimiento para establecer

⁴⁵ PIEDECASAS, Miguel, *La prueba en los procesos por accidentes de tránsito*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 1, *Accidentes de automotores*, 1998, p. 223.

la paternidad del mismo y tampoco inició acción de filiación, aparentemente puede incurrir en responsabilidad posible de ser resarcida, atento al derecho de identidad consagrado por la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 33 de la Constitución Nacional. La conformidad de la madre que exige el artículo 255 del Código Civil hoy es un poder jurídico.

El artículo 255 del Código Civil otorga a la madre el derecho de reservar el nombre del padre del menor para preservar su intimidad. De ello se desprende que su silencio o negativa de modo alguno origina responsabilidad.

A partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, no obstante la consagración del derecho a la intimidad, no se establece preeminencia alguna entre este derecho a la intimidad y el derecho a la intimidad de la madre, ambos personalísimos. En consecuencia, el libre ejercicio de este derecho a la intimidad de la madre no la hace pasible de reparación alguna⁴⁶.

2. *Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa*

Son indemnizables los daños materiales y morales causados por la falta de reconocimiento de la filiación.

Debe estarse a las sanciones establecidas en el Código Civil (pérdida del usufructo, indignidad, etc.).

El factor de atribución es la culpa en sentido lato.

La acción prescribe a los dos años de determinada la filiación⁴⁷.

XII. Conclusiones

- La conducta antijurídica, en el caso de no reconocimiento vo-

⁴⁶ Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 26 al 29 de mayo de 1993, "Derecho de Familia", en *El Derecho Privado en la Argentina, Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos dos años*, Segunda Parte, ps. 83/84.

⁴⁷ Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, en *El Derecho Privado en la Argentina, Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos dos años*, p. 299.

luntario del hijo, la configura la violación al derecho a la identidad del hijo, a conocer su realidad biológica y a ser emplazado en el estado de tal.

- El factor de atribución debe ser el dolo o la culpa grave.
- La persona naturalmente legitimada para ejercitar la acción de resarcimiento por la falta de reconocimiento paterno es el hijo no reconocido, por ser el perjudicado y víctima del daño.
- Si el hijo es menor o incapaz, la legitimación corresponde a su representante legal.
- La acción para reclamar el daño sufrido no es una acción personalísima. Es una acción susceptible de ser ejercida por intermedio de representante.
- El menor sin discernimiento está legitimado para reclamar el daño moral porque la ausencia de discernimiento no excluye la posibilidad del daño moral.
- La madre como damnificada indirecta se encuentra legitimada para reclamar el daño material que la falta de reconocimiento paterno le produce.
- La madre no se encuentra legitimada para reclamar el daño moral que la falta de reconocimiento paterno le ocasiona.
- La madre como damnificada indirecta se encuentra legitimada para reclamar los gastos de tratamiento psicológico porque, en tanto constituya un perjuicio material, no rige la limitación del artículo 1078 del Código Civil.
- La madre en su carácter de heredera puede continuar con las acciones por daño moral intentadas por el hijo por el no reconocimiento.
- El daño moral por la falta de reconocimiento del hijo se prueba por presunciones y los hechos básicos tenidos en cuenta por nuestros tribunales para presumir el daño moral son los siguientes:
 - El hecho de llevar sólo el apellido de la madre confiere el signo de la ilegitimidad, y ello produce discriminación, ya que la sociedad argentina todavía diferencia a los hijos sin ambos vínculos parentales declarados y documentados.

- El hecho de ser ilegítimo coloca a los hijos no reconocidos espontáneamente en desventaja frente a sus compañeros de colegio, amigos y la comunidad toda.
- La asistencia del niño a la escuela donde no puede ser conocido por su verdadero apellido le produce necesariamente angustias que hacen presumir la existencia de daño moral.
- La ausencia del rol paterno hace presumir el daño moral ya que, si bien las funciones paterna y materna se complementan entre sí, la ausencia del rol paterno no puede ser reemplazada en forma ambivalente por la madre, porque ambas guardan una clara autonomía que las torna excluyentes en cuanto al encargado de cumplir una y otra, y la ausencia de una de ellas deja una marca indeleble, aun desde los primeros días de vida.