

# EL ROL DE LA MADRE EN LA ACCIÓN DE DAÑOS POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO PATERNO

POR LAURA EVANGELINA FILLIA<sup>(\*)</sup>

## Resumen

*Este trabajo analiza la legitimación activa y pasiva de la madre en la acción de daños promovida por la falta de reconocimiento voluntario paterno del hijo en común. El derecho afectado por la falta de reconocimiento es el derecho a la identidad del hijo, quien resulta único legitimado para reclamar el resarcimiento del daño no patrimonial. La madre, en tanto damnificada indirecta, solo podrá reclamar el resarcimiento del daño patrimonial en virtud de la limitación que le impone el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Paralelamente, la demora en promover la acción de reclamación de la filiación en representación de su hijo menor, la convertirá en coautora de los daños y perjuicios que experimente este último, ya que por imperio de lo dispuesto por los arts. 583 y 1710, inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, se encuentra obligada a colaborar con la determinación de la paternidad de su hijo y adoptar las medidas razonables y necesarias para evitar la producción o agravamiento del daño ya causado. En un juicio de ponderación adecuado, el derecho a la intimidad de la madre se encuentra por debajo del derecho a la identidad del hijo y, por lo tanto, no puede servir de justificación para incumplir el deber de promover la acción de reclamación en debido tiempo. El art. 583 del nuevo ordenamiento sustantivo se presenta como una herramienta de prevención de daños que, a su vez, favorece la protección de la familia.*

## Palabras clave

*Protección de la familia, prevención de daños, daño no patrimonial, legitimación activa, legitimación pasiva.*

<sup>(\*)</sup> Abogada, graduada con Diploma de Honor en la Universidad de Buenos Aires (2002). Especialista en Derecho de Familia (UBA, 2005) y en Derecho de Daños (UBA, 2019, título en trámite). Secretaria de Primera Instancia de la Justicia Nacional en lo Civil. Profesora de Civil V de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Proyecto de Investigación UBACYT (2018-2020) “Violencia de Género y Violencia Familiar: Responsabilidad por Daños”, dirigido por Graciela Medina.

## THE ROLE OF THE MOTHER IN THE ACTION OF FILIATION

### Abstract

*This work analyzes the active and passive legitimacy of the mother in the damages' claim, based on the lack of voluntary parental recognition of the common child. The right affected by non-recognition is the right to identity of the child, who is solely entitled to claim non-patrimonial damages. The mother, as indirectly affected, may only seek property damage under the limitation imposed on her by Article 1741 of the Civil and Commercial Code of the Nation. At the same time, the delay in promoting the action of filiation on behalf of its minor child, will make her co-author of the damages suffered by the latter, since by the rule of the provisions of Articles 583 and 1710, inc. b) of the Civil and Commercial Code of the Nation, is obliged to cooperate with the determination of the paternity of his son and to take the reasonable and necessary measures to avoid the production or aggravation of the damage already caused. In an appropriate judgment, the child's right to identity has priority over the mother's right to privacy and therefore cannot serve as a justification for breaching the duty to promote the claim in due course Article 583 of the new Civil and Commercial Code is presented as a damage prevention tool which, in turn, promotes the protection of the family.*

### Keywords

*Family protection, damage prevention, non-equity damage, active legitimacy, passive legitimacy.*

## I. INTRODUCCIÓN

La familia ocupa un lugar protagónico en la sociedad moderna y, como tal, debe ser destinataria de todas las herramientas que el ordenamiento jurídico provee a los fines de su protección.

Según el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

En efecto, esta protección no solo debe provenir del Estado como administrador de los recursos, sino que también impone a cada miembro del grupo familiar el cumplimiento de todos aquellos deberes que permitan establecer y fortalecer vínculos familiares saludables.

Los niños y adolescentes son sujetos especialmente vulnerables y, como tales, son quienes requieren de mayores medidas de protección no solo del Estado sino, en primer lugar, de sus propios padres encargados de velar por el pleno desarrollo de su integridad personal.

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental. De ahí que la ausencia de reconocimiento público de la paternidad menoscaba el desarrollo pleno y armónico de la personalidad del niño y adolescente.

Es sabido que la falta de reconocimiento voluntario supone una violación al derecho a la identidad personal en su dimensión estática (origen y nombre) y en su dimensión social (por la proyección social del niño). Todo ello, se encuentra agravado por la lesión espiritual provocada al niño que se siente rechazado por su padre.

Nuestro ordenamiento positivo consagra el derecho subjetivo de toda persona al reconocimiento por parte de quien ha sido su progenitor biológico.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres, a ser cuidado por ellos y a preservar su identidad <sup>1(1)</sup>, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el derecho de todo niño a la “protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”<sup>2</sup>. Además, este derecho se encuentra expresamente reconocido por el art. 11 de la ley 26.061 de protección Integral de las niñas, niños y adolescentes, y ha sido receptado por el art. 52 del Cód. Civ. y Com. actualmente vigente, que prevé puntualmente la posibilidad de reclamar la prevención y la reparación de los daños sufridos por parte de la persona lesionada en su identidad.

Sin lugar a duda, el daño provocado por la falta de reconocimiento voluntario es uno de los más significativos que puede sufrir una persona, tanto en su esfera patrimonial como no patrimonial.

Tanto es así que el legislador ha decidido consagrar expresamente que el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable siempre que se encuentren reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil <sup>3</sup>.

No existen controversias en cuanto a que el principal responsable de estos daños será el progenitor que conociendo o debiendo conocer la existencia del hijo, ha omitido reconocerlo como propio en forma voluntaria.

Sin embargo, cabe preguntarse cuál es el rol que ocupa la madre del niño. No solo porque aquella conducta omisiva del progenitor también puede resultarle lesiva sino porque, además, su propia conducta también puede ser generadora de daños hacia el hijo en común.

<sup>1</sup> El art.7.1 consagra que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Por su parte, el art. 8.1 reconoce que “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 ilícitas”.

<sup>2</sup> Los arts. 17, 18 y 19 consagran que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”, que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos” y que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

<sup>3</sup> El art. 587 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, vigente a partir del 01/08/2015 según ley 27.077, establece que “el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código”.

El propósito de este trabajo es analizar la legitimación activa y pasiva de la madre del niño en la acción de daños promovida por la falta de reconocimiento paterno. Todo ello, teniendo en especial consideración la función preventiva que a partir de la sanción de la ley 26.944 encuentra consagración normativa en los arts. 1708, 1710, 1711, 1712 y 1713 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Para ello, iniciaré este trabajo analizando esta nueva función de la responsabilidad civil y reseñando los distintos antecedentes que sirvieron de base para el reconocimiento de la acción de daños en favor del hijo que no fue voluntariamente reconocido por su progenitor. Luego, continuaré con el desarrollo de los presupuestos de la responsabilidad civil para concentrarme, a partir de allí, en el análisis de la legitimación de la madre para reclamar los daños que hubiere experimentado, así como de la incidencia causal de su propia conducta en el daño sufrido por el hijo.

Como explicaré con más detalle en los párrafos siguientes, la protección de la familia, y en particular la de los niños y adolescentes que la componen, impone el deber de ambos progenitores de velar por el ejercicio pleno de su derecho a la identidad.

## II. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Tal como adelanté, el nuevo ordenamiento sustantivo ha consagrado la función preventiva de la responsabilidad civil, que ya no se limita a reparar los perjuicios sufridos, sino a evitar la causación o agravamiento de un daño en curso o a producirse en el futuro.

Según se sostiene, la función preventiva de la responsabilidad civil se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Es la expresión más acabada del principio *neminem laedere*, que supone primero no dañar a otro y luego, si se lo daña, reparar el perjuicio causado <sup>4</sup>.

Si bien la consagración normativa de la prevención como función de la responsabilidad surgió a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ahora vigente, lo cierto es que existían diversas normas en nuestro derecho positivo que perseguían una finalidad preventiva desde mucho antes de la sanción del nuevo ordenamiento.

A modo de ejemplo, pueden mencionarse la acción por daño temido (art. 2499, Cód. Civil), las acciones contempladas en algunos microsistemas como el derecho ambiental (vgr. art. 30 de la ley general del Ambiente, 25.675) y el art. 52 de la ley de Defensa del Consumidor que reconoce la acción judicial tendiente a prevenir los daños que pueda sufrir la parte débil de la relación de consumo, cuando sus intereses se encuentren “amenazados”.

<sup>4</sup> PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed., t. I, p. 807.

El art. 1710 establece distintos supuestos alcanzados por el deber de prevención: a) el posible autor del daño, que debe evitar su causación; b) el tercero que no generó el peligro, pero que debe atenuar sus efectos nocivos; c) la propia víctima del daño, que no debe agravar el daño ya causado y experimentado.

En lo que se refiere al tema propuesto para este trabajo, es interesante la solución que ofrece el inc. b) del art. 1710 por el que se establece el deber de “adoptar medidas razonables para evitar que se produzca o para que disminuya un daño”.

En efecto, dicho inciso de la norma no se dirige al autor del daño, sino a un tercero que, sin embargo, tiene a su alcance la posibilidad de evitar su agravamiento y como tal, se encuentra obligado a ello.

Ahora bien, tal como lo destaca la propia norma, dicho deber de prevención está relacionado con las posibilidades concretas del sujeto al que se dirige.

Nadie está constreñido a lo imposible, o a lo que representa un deber o carga desmesurados. La realidad inserta límites a la actuación de las personas, en cuya virtud solo están obligadas a evitar daños si hay concretas posibilidades físicas o intelectuales de hacerlo con alguna eficacia. Por eso, la atribución del deber preventivo de daños que resultarían de un peligro ajeno presupone a su vez la ausencia de riesgos anormales o excesivos con motivo de afrontarlo, sobre todo para la persona propia o de terceros <sup>5</sup>.

La tutela preventiva o inhibitoria a la que ya se había recurrido en numerosos precedentes, ahora se encuentra incorporada en el texto del nuevo ordenamiento sustantivo y se presenta como una herramienta de gran utilidad, sobre todo, para prevenir la producción de daños que —como los del caso que motiva este trabajo— suelen revestir carácter irreversible.

El objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran. La prevención es función insoslayable de la responsabilidad por daños <sup>6</sup>.

En este punto, cabe preguntarse si le es exigible a la madre la promoción de la acción en representación de su hijo menor y cómo influye en este aspecto su derecho a preservar su propia intimidad.

Es que todo enfoque que se realice impactará en mayor o menor medida sobre el principio de reserva que consagra el art. 19 de la CN, rectamente interpretado, pues nadie está obligado a hacer lo que el ordenamiento jurídico integralmente considerado no manda, ni impedido de hacer lo que este no prohíbe <sup>7</sup>.

Hay quienes consideran que existe un derecho de no actuar frente a situaciones de dañosidad extrañas a la esfera del agente, ligado a la libertad como garantía constitucional, del que solo cabe apartarse cuando una ley disponga lo

<sup>5</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p. 186.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>7</sup> PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., Tratado... ob. cit., p. 823-824.

contrario, o cuando a la luz de las circunstancias importe un proceder abusivo en los términos del art. 10 del Cód. Civ. y Com., o manifiestamente reñido con la buena fe, el orden público, la moral y las buenas costumbres. En tal caso, el carácter abusivo de esa abstención debe ser ponderado atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar y muy en particular, a las posibilidades materiales y jurídicas de la persona para actuar <sup>8</sup>.

La postura que se adopte sobre el alcance del deber de prevención en cabeza de la madre determinará su eventual responsabilidad —ahora desde la perspectiva resarcitoria— por el daño sufrido por su hijo o hija menor.

Es que la antijuridicidad por omisión —y la responsabilidad que de ella dimanaría— puede hundir sus raíces en la omisión de deberes de prevención por apartamiento de los parámetros que surgen de lo normado por el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. de la Nación <sup>9</sup>.

En el sistema actual de responsabilidad civil, se difuminan las diferencias entre omisiones puras y las que inequívocamente provocan el daño por inacción: también las primeras pueden generar una obligación indemnizatoria por el perjuicio que pudo evitarse mediante una acción eficaz y sin riesgos especiales. La responsabilidad se decide por una consecuencia mediata y con carácter concurrente con el autor del peligro no impedido <sup>10</sup>.

En razón de lo anterior, el interrogante vinculado a delinear el deber jurídico que existe en cabeza de la madre encuentra adecuada respuesta en la redacción del art. 583 del Cód. Civ. y Com. actualmente vigente que se presenta como una verdadera herramienta de prevención de daños.

### III. LA ADMISIÓN DEL DAÑO POR FALTA DE RECONOCIMIENTO. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

Como todo daño causado al interior de la familia, fue necesario transitar un largo camino hasta el reconocimiento de una acción de esta naturaleza.

Desde una tesis negativa, se sostenía que el reconocimiento de un hijo debía ser voluntario y que, por lo tanto, no podía existir reparación por su omisión.

Además, se decía que la falta de reconocimiento no resulta irreversible y que el derecho debe alentar que dicho reconocimiento se produzca y no, clausurar dicha posibilidad con una indemnización.

Esta tesis negativa apelaba a la especialidad del derecho de familia y sostenía, que el ordenamiento ya contemplaba las consecuencias de esta falta de

<sup>8</sup> OSSOLA, Federico A., “Responsabilidad civil”, n. 114, b, p. 175, citado por PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., p. 831.

<sup>9</sup> PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., p. 18.

<sup>10</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 191.

reconocimiento tales como la pérdida del usufructo <sup>11</sup>, la indignidad <sup>12</sup> y la pérdida de la vocación hereditaria si el reconocimiento tenía lugar luego del fallecimiento <sup>13</sup>. De ahí que se sostuviese que no resultaba procedente incorporar otra consecuencia no prevista por el legislador.

Se sostenía que la especialidad del derecho de familia impide aplicar las normas de la responsabilidad civil para regular las consecuencias de los actos llevados a cabo en el interior del grupo familiar y que admitir la procedencia de este tipo de acciones favorecería la litigiosidad y dificultaría los vínculos familiares.

Estos argumentos fueron, de a poco, abandonados hasta que se conoció un recordado fallo en la materia <sup>14</sup>, por el que se decidió reconocer el resarcimiento del daño sufrido con motivo de esta falta de reconocimiento.

En este *leading case* se entendió que, aunque el reconocimiento fuese voluntario, quien procrea asume el deber de reconocer al hijo o establecer la filiación.

Con fundamento en el derecho constitucional a la identidad consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y en el Pacto de San José de Costa Rica <sup>15</sup>, se señaló que existe un derecho subjetivo del hijo al reconocimiento y que, paralelamente, existe un deber jurídico de reconocerlo. De este modo, si se incumple este deber, se configura una conducta antijurídica como presupuesto de la responsabilidad civil.

Se destacó que la falta de reconocimiento voluntario del hijo configura una conducta antijurídica, ya que si fuera lícito no reconocer al hijo no habría acción para establecer la filiación ni sanciones derivadas de dicha omisión.

Sin embargo, se aclaró que las distintas sanciones que contemplaba el ordenamiento jurídico por entonces vigente carecían de una función reparadora del daño sufrido.

Fue así como se admitió la acción indemnizatoria, luego de señalar que la especialidad del derecho de familia no impide su procedencia.

Si bien hay quienes sostienen que se requiere una necesaria compatibilización con la especificidad de los vínculos familiares <sup>16</sup>, se postula que, como parte del derecho privado, las cuestiones de familia no resultan ajenas al régimen de responsabilidad civil que regula el ordenamiento sustantivo.

<sup>11</sup> Conf. art. 287 del Código Civil velezano.

<sup>12</sup> Conf. art. 3296 bis del Código Civil velezano.

<sup>13</sup> Conf. art. 249 del Código Civil velezano.

<sup>14</sup> Fallo de la Juez Civil y Comercial de San Isidro, Doctora Delma Cabrera, del 09/03/1988, ED 128-330.

<sup>15</sup> Actualmente incorporados al bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina.

<sup>16</sup> Conclusión aprobada por unanimidad en la comisión n° 3 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015.

En definitiva, como uno de los principios básicos del derecho civil es el de responder por el daño injustamente sufrido, la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil <sup>17</sup>.

En efecto, el derecho de daños debe perfilarse y actuar como un medio idóneo que brinde respuestas adecuadas, a través del resarcimiento justo, a los menoscabos padecidos por la víctima en su esfera familiar, en los diferentes casos atendiendo a las distintas circunstancias, el cual también constituye un fuerte factor disuasivo de este en el futuro. Por este motivo, la admisión del resarcimiento del daño cumple, en estos supuestos, la doble función por cuanto, a la par que posibilita la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas, en un caso determinado, establece y propicia parámetros de conductas sociales que deben ser evitadas por los miembros de la sociedad <sup>18</sup>.

Esto es así, dado que en la actualidad la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto a la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico: el sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro, y se exima de responder en virtud del vínculo familiar <sup>19</sup>.

Como se adelantó, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación puso fin a toda controversia acerca de la procedencia y admisibilidad de la acción de daños por la falta de reconocimiento.

En efecto, el actual ordenamiento positivo consagra en su art. 587: “[E]l daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable...”. Ello, claro está, siempre que se encuentren reunidos los demás presupuestos de la responsabilidad civil.

Como uno de los principios básicos del derecho civil es el de responder por el daño injustamente sufrido, la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil <sup>20</sup>.

<sup>17</sup> MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 287; en igual sentido MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 26.

<sup>18</sup> FUMAROLA, Luis, “El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares”, ponencias comisión n° 3 de las XXV Jornadas de Derecho Civil, Bahía Blanca, septiembre de 2015.

<sup>19</sup> FILLIA, Laura, MEDINA, Graciela, “Violencia por impedimento de contacto y responsabilidad por daño”, DFyP, 2019 (julio), 45, AR/DOC/1837/2019.

<sup>20</sup> MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, ob. cit., en igual sentido MEDINA, Graciela, Daños en el Derecho de Familia, ob. cit., p. 26.



#### IV. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ACCIÓN DE DAÑOS DERIVADA DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO PATERNO

Como es sabido, cuatro son los presupuestos de la responsabilidad civil: 1) la antijuridicidad; 2) el factor de atribución; 3) la relación de causalidad; y 4) el daño.

En materia de falta de reconocimiento voluntario de hijo, existe un deber de reconocer al hijo como propio, que encuentra su contracara en el derecho subjetivo del hijo a conocer su identidad.

Según lo prevé el art. 1717 del nuevo ordenamiento sustantivo, cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Claramente, la negativa a reconocer voluntariamente al hijo propio, nunca encontrará causa de justificación. Jamás podrá invocarse que negarse a reconocer al hijo propio constituye el ejercicio regular de un derecho.

De esta manera, la antijuridicidad de esta conducta no solo se verificará de forma atípica —por resultar violatoria al deber jurídico de no dañar que consagra el art. 19 de la CN— sino también, en forma típica o formal ya que nuestro derecho positivo consagra la obligación de reconocimiento de la filiación.

El factor de atribución será entonces subjetivo <sup>21</sup>, a título de dolo o de culpa. El daño le será atribuido al progenitor cuando por una omisión intencional u obstruccionista del proceso, o por negligencia o falta de colaboración, se obligue al hijo a promover la acción. Se requiere que el progenitor tenga conocimiento acerca de la probabilidad de ese vínculo.

Lo que se debe acreditar, entonces, es que el padre sabía o debía saber la existencia del hijo y, sin embargo, omitió reconocerlo.

Para que prospere la acción se requiere la prueba de que el supuesto padre haya sabido o debido saber de la paternidad que se le atribuye. Dicho de otro modo, no debe prosperar la acción de daños y perjuicios cuando el progenitor ignoraba su paternidad. Su obrar debe ser doloso o, al menos culposo, para que pueda imputársele una conducta antijurídica, a los fines del reclamo de daños y perjuicios <sup>22</sup>.

En esta inteligencia, se ha admitido la acción porque no se invocó que se desconocía la existencia del actor y se la rechazó luego de acreditarse que el demandado recién había tomado conocimiento de la posible paternidad a raíz de

<sup>21</sup> El art. 1721 del Cód. Civ. y Com. establece que de no mediar una norma que consagre un factor objetivo de atribución, será subjetivo.

<sup>22</sup> SOLARI, Néstor E., “Procedencia del daño moral en un caso de filiación”, LA LEY 2009-F, 193. Ver también KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, en Derecho de daños, libro homenaje al Dr. Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 671; BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”, Abeledo Perrot, 2011, 8ª ed., t. II, p. 299; MEDINA, Graciela, “Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo”, JA 1998-III-1171.

una misiva enviada poco antes de promoverse la acción y que, una vez requerido, se había sometido voluntariamente a la prueba genética.

En este punto, cabe poner de resalto que si bien por imperio de lo normado por el art. 1734 del Cód. Civ. y Com., la carga de la prueba de los factores de atribución le corresponde a quien alega, es perfectamente válido que se decida la inversión de esta carga probatoria, si se considera que el demandado es quien está en mejores condiciones de acreditarlo.

Actualmente, esta posibilidad encuentra solución normativa en el art. 1735 del mismo cuerpo legal, por el que se faculta al juez a distribuir la carga de la prueba de la culpa a quien se halla en mejor situación de aportarla.

En cuanto al daño, cabe poner de resalto que el bien jurídico vulnerado es la identidad.

Sin embargo, pese a que, por la naturaleza de dicho bien, es más frecuente asociar el daño a la esfera no patrimonial, no debe soslayarse que la lesión de la conducta antijurídica también puede provocar un daño psicológico eminentemente patrimonial, así como la pérdida de chance de haber tenido una mejor formación educativa.

Por último, para que la acción indemnizatoria prospere, será necesario acreditar que los daños que se invoquen y cuya reparación se pretenda, guardan adecuada relación causal con la conducta omisiva del progenitor.

## V. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN RESARCITORIA. LÍMITES A LA ACCIÓN PROMOVIDA POR LA MADRE

Lógicamente, el principal legitimado para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos por la falta de reconocimiento, será el hijo, independientemente de su edad.

El hijo es el damnificado directo y podrá reclamar el resarcimiento los daños sufridos, tanto en la esfera patrimonial como no patrimonial.

Como regla, en lo que se refiere a la legitimación para reclamar el daño extrapatrimonial o moral, tanto el actual ordenamiento como el derogado, la limitaron al damnificado directo.

Solo si el hijo muere, los herederos —damnificados indirectos— podrán continuar la acción ya iniciada, pero no podrán iniciarla ya que, por tratarse de un daño inherente a la persona, el derecho a promover esa acción no se transmite a los herederos <sup>23</sup>.

Ahora bien, la doctrina también se ha preguntado, si la madre podría solicitar por su propio derecho, el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de esta falta de reconocimiento del hijo en común.

<sup>23</sup> Art. 1741, 2do párrafo del Código Civil y Comercial y art. 1099 del Código Civil derogado.

En cuanto al daño patrimonial, se le reconoce la posibilidad de reclamar el reembolso de los gastos incurridos durante el embarazo y la crianza.

En efecto, no cabe duda alguna de que la madre se encuentra legitimada para reclamar los daños materiales que se devengaron como consecuencia de la ausencia de reconocimiento filial, pues en este supuesto la legitimación se encuentra expedita <sup>24</sup>.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina le ha negado legitimación a la madre para reclamar por derecho propio el daño no patrimonial. Para ello, se sostuvo que la madre no es la damnificada directa y que, por lo tanto, por imperio del entonces vigente art. 1078 del Cód. Civil —replicado, en este punto, en el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación— dicha acción no resulta procedente <sup>25</sup>.

Según explican Pizarro Y Vallespinos, en el derecho comparado, prevalece la solución favorable a dicha reparación <sup>26</sup>. Sin embargo, no ocurre lo mismo en nuestro derecho, donde se sostiene que al ser la madre una damnificada indirecta del hecho ilícito y por imperio de lo normado por el art. 1741 del Cód. Civ. y Com., carece de legitimación para reclamar, al menos, el daño extrapatrimonial.

En un viejo precedente de la Cámara Civil, la Dra. Polak —en minoría— consideró que la falta de reconocimiento también provoca angustias en la madre al haber transitado sola el embarazo y la crianza por lo que decidió acordarle dicha partida indemnizatoria <sup>27</sup>.

En esta misma línea se encuentra Ferrer <sup>28</sup>. Medina, por su parte, señala que la madre no se encuentra legitimada para reclamar el daño moral que la falta de reconocimiento paterno le ocasiona, aunque destaca que frente a la conducta omisiva del progenitor surgen dos tipos de conductas antijurídicas: por un lado, el incumplimiento de su deber de reconocer el hijo, lo que lo legitima a este para reclamar por el daño causado por la violación a su derecho a la identidad personal. Por el otro, el incumplimiento de los deberes de asistencia para con el hijo lo que provoca un daño moral importante a la madre —como damnificada directa— por el sufrimiento que le ocasionó afrontar sola lo que debió ser compartido <sup>29</sup>.

<sup>24</sup> SAGARNA, Fernando, “Legitimación activa de la madre por daños derivados de la falta de reconocimiento filial”, RDF, 65, 243, AR/DOC/5182/2014.

<sup>25</sup> ARIANNA, Carlos y LEVY Lea, “Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento” en GHERSI, Carlos A. (coord.), Derecho de daños, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 449; MÉNDEZ COSTA, M. Josefa, “Visión jurisprudencial de la filiación”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 172.

<sup>26</sup> Art. 340-5 del Código Civil Francés, arts. 317 y 318 del Código Civil Suizo, art. 414 del Código Peruano, arts. 210 y 211 del Código Boliviano, reseñados por PIZARRO, Ramón D., y VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. III, p. 510.

<sup>27</sup> CNCiv., sala L, LL 1995-C-404.

<sup>28</sup> FERRER, Francisco, “Daños en las relaciones familiares”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed. revisada, p. 237.

<sup>29</sup> MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, ob. cit., p. 139.

Más recientemente, la Sala K de la Cámara Civil, con voto de la Dra. Hernández, volvió a analizar esta cuestión para concluir que “no cabe duda de que la situación de falta de reconocimiento voluntario de su hijo le produjo a la madre innegables padecimientos espirituales que tuvo que vivir ante el nacimiento, no solo con la indiferencia del padre sino con su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en su entorno social. Todo ello y la humillación padecida por la mujer indican que ha sufrido un daño propio que debe ser resarcido”<sup>30</sup>.

Si bien el art. 1078 del Código Civil —por entonces vigente— solo reconocía legitimación para reclamar el daño moral al damnificado directo, la vocal preopinante consideró que aun cuando no se le reconozca legitimación a la madre por considerarla damnificada indirecta, no debe negarse el dolor que pudo haber sufrido por tener que afrontar sola el nacimiento del niño y por la negativa del demandado en asumir sus obligaciones. Señaló que la madre y el niño pueden ser damnificados directos de distintos agravios por parte del progenitor y propuso adoptar un criterio amplio que admita el daño moral de damnificados no contemplados por la redacción del art. 1078, por daño propio, en virtud de lo dispuesto por los arts. 1068 y 1079 del Cód. Civil, basándose en el derecho a una reparación integral de quien ha sufrido un daño.

Se concluyó en dicha ocasión: “[L]a interpretación literal del art. 1078 del Cód. Civil resulta inequitativa y al margen de los preceptos constitucionales de protección de la familia, reparación integral del daño y razonabilidad, así como también de los principios generales del derecho, de la equidad, de la buena fe y la solidaridad”. Y, con cita de Pizarro <sup>31</sup>, señaló: “[L]a existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son suficientes para poner límites al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el presente y que merece ser contemplado”.

Siguiendo esta misma línea, en otro precedente reciente de la Cámara Civil <sup>32</sup> se consideró —por mayoría— que la “madre de un menor de edad se encuentra legitimada para reclamar el pago de una indemnización en concepto de daño moral por la falta de reconocimiento de la filiación extramatrimonial de este, pues aquella resulta ser damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales generados no solo por la indiferencia del padre del menor sino por su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social”.

Resulta interesante destacar que en el fallo se consideró que la madre resultaba damnificada directa “por haber asumido sola, responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias que han generado

<sup>30</sup> CNCiv., sala K, 14/06/2013 “O. E., M. y otro c. P., A. O.” DFyP 2013 (diciembre), 227, con nota de Carlos A. Ghersi; RCyS2014-I, 65, Cita online: AR/JUR/61522/2013.

<sup>31</sup> PIZARRO, Ramón, D., Daño moral, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 213, nota 12.

<sup>32</sup> CNCiv, sala L, “C. R. E. y otro c. C. F. A. s/ filiación”, 26/10/2016, AR/JUR/78772/2016.

un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcirla”. En efecto, se la calificó “como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta”.

Aun cuando no desconozco la finalidad tuitiva que persigue esta interpretación, entiendo que no debe perderse de vista que la conducta antijurídica que sirve de base a la acción indemnizatoria es la falta de reconocimiento paterno.

Esta falta de reconocimiento resulta antijurídica, precisamente, porque lesiona el derecho a la identidad del hijo. La víctima de la conducta lesiva es el hijo y no la madre, y por ello, no existen controversias acerca de que la madre no resulta una damnificada directa de dicha conducta.

Al ser ello así, entiendo que la solución que ofrece el ordenamiento sustantivo es la que debe adoptarse para dirimir la cuestión y que, por lo tanto, la madre no tiene legitimación para reclamar el daño moral que pretenda invocar a causa de esta falta de reconocimiento.

Para arribar a una solución diferente, el único camino válido —a mi juicio— es la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma, lo que —como es sabido— exige la seria afectación de un derecho constitucionalmente consagrado.

Podría sostenerse que lo que se afecta en el caso es el derecho a la reparación integral que se deriva de lo normado por el art. 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, no está de más recordar que nuestro más Alto Tribunal, ha resuelto que “el art. 1078 del Código Civil no importa una restricción inconstitucional al principio de reparación integral establecido por el art. 19 de la Constitución Nacional ya que la decisión del legislador de acotar la legitimación para reclamar el daño moral obedece a criterios objetivos y razonables y procura la realización de un fin legítimo vinculado con la previsibilidad de los riesgos y cobertura de los daños de los hechos ilícitos”<sup>33</sup>.

En el mismo precedente se sostuvo que “de conformidad con el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, el ordenamiento vigente mantiene la regla según la cual solo el damnificado directo se encuentra legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del hecho ilícito, ya que la legitimación activa ha sido ampliada en el nuevo código, pero únicamente para los casos de muerte o de gran discapacidad de la víctima”.

En este punto, coincido con quienes consideran que las excepciones formuladas por la jurisprudencia en cuanto al marco resarcitorio del art. 1078 han tenido en cuenta circunstancias de extrema gravedad, en las que desconocer los padecimientos sufridos resulta irrazonable, no ocurriendo lo mismo con el dolor de la madre frente a la omisión voluntaria del reconocimiento <sup>34</sup>.

<sup>33</sup> CS, “Lima, Maira Joana y otros c/ Agon, Alfredo; Sastre, María Patricia y otros s/ daños y perjuicios”, 05/09/2017, Fallos: 340:1185, Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite.

<sup>34</sup> FAMÁ, María Victoria, “La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 693.

Es que tener un hijo en común no establece obligaciones para con el otro progenitor sino para con el hijo. Por tratarse de obligaciones que deben ser asumidas por ambos progenitores, puede ocurrir que quien las haya afrontado en forma unilateral, reclame los daños que dicha conducta omisiva haya provocado en su patrimonio.

Pero dicha omisión no podrá justificar un reclamo indemnizatorio de un daño no patrimonial.

De este modo, no advierto que la limitación que impone el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —al menos en este caso— resulte lesiva al punto de declarar su inconstitucionalidad.

No debe perderse de vista que los motivos utilizados por la jurisprudencia para considerar a la madre como damnificada directa de la omisión del progenitor, han puesto el foco en la reprobación social experimentada por la madre al encarar sola la maternidad, a la afectación a su honor y al dolor o la angustia por haber asumido sola la crianza del hijo en común. Entiendo que estos argumentos no resultan adecuados en la actualidad, máxime si se tiene en cuenta que la familia monoparental es una realidad, muchas veces elegida.

Si bien no desconozco el dolor y la angustia que experimenta una madre por el sufrimiento de su hijo ante el abandono y el rechazo que le provoca la falta de reconocimiento paterno, no advierto que ello la convierta en damnificada directa con legitimación suficiente para reclamar el resarcimiento del daño no patrimonial.

## VI. PRUEBA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. INCIDENCIA CAUSAL DE LA CONDUCTA DE LA MADRE

Aclarado entonces que el único legitimado para reclamar el daño moral será el hijo o la hija que no obtuvieron el reconocimiento voluntario paterno, corresponde recordar que en este tipo de acciones resarcitorias, el daño moral cabe presumirlo de las consecuencias de la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad, pues con ello se ataca el derecho a la identidad, desconociendo el estado de familia, lo que resulta ser lesión o agravio a un interés extrapatrimonial al impedirse el emplazamiento respecto del progenitor que omitió su reconocimiento. Se trata de un derecho que hace a la existencia de la persona, cuya lesión priva al hijo de ejercer los derechos derivados de su estado de familia, de su apellido y de ser conocido socialmente como tal <sup>35</sup>.

No se exige la prueba directa para tener por configurado el daño moral ya que por tratarse de un perjuicio que se sufre *in re ipsa* directamente de la propia conducta, se lo tiene por acreditado *iuris tantum*.

Bajo este ítem se han de considerar también la pérdida de la posibilidad de haber recibido apoyo, guía y cariño de su padre y otras falencias que pueden

<sup>35</sup> CNCiv., sala K, “M., C. D. c/ M., E. s/ Filiación”, 7/12/2011.

hacer a la vida afectiva de la demandante, que pueden ser entendidas como pérdida de chance afectiva. Al respecto se ha entendido que la pérdida de chances espirituales se inserta dentro de los daños morales, aunque el perjuicio es menos grave, pues solo se ha perdido una oportunidad y no un beneficio existencial concreto: este no era alcanzable como tal, sino que se verificaba como una aspiración de conseguirlo de haber proseguido un curso fáctico expectable y verosímil que el suceso lesivo interrumpió <sup>36</sup>.

La cuantificación de este rubro indemnizatorio dependerá de las particularidades de cada caso.

En general, se entiende que cuanto mayor sea la edad del hijo o la hija, mayor será el daño no patrimonial.

En efecto, se considera que habitualmente el daño moral es mayor cuando más tiempo ha transcurrido desde que el progenitor tomara conocimiento del nacimiento del hijo y se resiste a reconocerlo, pues cuando el reconocimiento se ha producido en los primeros años de vida, todavía no se repara en ciertos aspectos que son precisamente aquellos que causan el daño en una persona mayor. A mayor edad, mayor será el daño extrapatrimonial causado por la falta de emplazamiento familiar en el estado de hijo, porque más tiempo ha sufrido el hecho de no haber sido reconocido por su padre, que se acentúa cuando comienza su vida estudiantil y social <sup>37</sup>.

También tendrá injerencia en la cuantificación la actitud obstruccionista y maliciosa del progenitor durante el proceso de filiación si, por ejemplo, se negó a realizarse la prueba biológica o si recurrió a distintos artilugios procesales que redundaron en una demora injustificada del procedimiento.

En lo que interesa al tema propuesto para este trabajo, cabe preguntarse cuál será la incidencia causal que la conducta de la madre tendrá en la cuantificación del daño moral reclamado contra el progenitor que no ha reconocido voluntariamente a su hijo o a su hija.

Me refiero a aquellos supuestos en los que la madre haya demorado el inicio de la acción de emplazamiento en representación de su hijo menor, o que directamente, no la haya iniciado.

Para un sector, que la madre no haya reclamado la filiación no puede implicar un beneficio para el padre con una merma en el monto indemnizatorio que debe abonar al hijo. Se destaca que lo que provoca al daño es la falta de reconocimiento del progenitor y que, por ello, la conducta de la madre resulta indiferente.

Además, se sostiene que la acción es imprescriptible para el hijo y que, entonces, la falta de promoción de la acción por parte de la madre no genera daños.

<sup>36</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., "Chances afectivas" en Revista de Derecho de Daños. Chances, 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 143.

<sup>37</sup> FERRER, Francisco, ob. cit., p. 242.

En efecto, se ha resuelto que la demora en el accionar del representante legal no puede configurar un atenuante de responsabilidad <sup>38</sup> y en la misma línea, se dijo que “la demora de la madre en promover la demanda de filiación no autoriza a ver en ella un factor con incidencia causal en el daño moral de su hija”<sup>39</sup>.

Según se sostiene, la inacción de la madre a instar la acción de determinación de la paternidad no puede provocar su responsabilidad, porque, si bien es cierto que se compulsan o enfrentan dos derechos, el derecho a la intimidad de la madre versus el derecho a la identidad del hijo, aquella pudo haber tenido razones suficientes para no instar una acción, sea por desconocimiento de quién pudo haber sido el padre o por circunstancias íntimas que produjeron esa pasividad. <sup>40</sup>.

Para otros, entre quienes me incluyo, la madre también es responsable del daño sufrido por el hijo.

En efecto, la madre puede obstruir o entorpecer el emplazamiento filial paterno y, por ello, será responsable por demorar la iniciación de la acción en representación de su hijo menor.

En algunos precedentes se valoró la conducta de la madre cuando ocultó injustificadamente el embarazo o cuando propició el reconocimiento por parte de quien no era el padre biológico.

Según se resolvió, a los efectos de determinar la indemnización por daño moral en la acción de filiación extramatrimonial, corresponde evaluar el comportamiento de las partes, especialmente el materno, si se dirigió a acelerar y alentar el vínculo paternofilial, pues la ponderación de tal conducta incide en el “quantum” de la reparación <sup>41</sup>.

En la misma tesitura se dijo que a los efectos de establecer la cuantía del daño moral padecido no solo cabe tener en cuenta la omisión de reconocimiento espontáneo por parte del padre, sino también la demora de la madre en el inicio del proceso. “Es que la progenitora, en su condición de representante necesaria, tiene el deber de instar oportunamente la acción de filiación. En consecuencia, cuando recién después de muchos años se inicia el reclamo filiatorio —como en el caso—, mediante la indemnización queda cubierta la responsabilidad del

<sup>38</sup> CNCiv., sala H, “C., F. J. c/ L., S. S. y otros s/ Filiación” (Expediente No. 10.970/2012), 13/12/2107, sumario n°26417 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

<sup>39</sup> CNCiv., sala I, “V., A.M.E. y otro c/ S., R.O. s/ daño moral”, 05/06/2012, sumario N°22010 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

<sup>40</sup> SAGARNA, Fernando “Legitimación activa de la madre por daños derivados de la falta de reconocimiento filial”, RDF 65, 243, AR/DOC/5182/2014.

<sup>41</sup> CNCiv., sala F, “J., M. c/ M., C.H. s/ filiación”, 27/08/2014, sumario n° 23781 de la Base de Jurisprudencia de la Cámara Civil.



padre, aunque no se repara totalmente el perjuicio, pues para su reparación integral debería estar demandada también la corresponsable, es decir la madre”<sup>42</sup>.

Más recientemente se resolvió que a los fines de cuantificar la pretensión resarcitoria debía tenerse en consideración que “la progenitora, en su condición de representante necesaria de la niña, también podría haber optado por instar oportunamente la acción de filiación lo cual coadyuvó a que el daño se haya agravado”<sup>43</sup>.

A los fines de dilucidar esta cuestión, son importantes dos modificaciones que incorporó el nuevo ordenamiento sustantivo a partir de la reforma de la ley 26.994.

Por un lado, la consagración normativa de la función preventiva de la responsabilidad civil a la que ya me referí y por el otro, al modo como ha sido redactada la solución que antes contemplaba el art. 255 del Cód. Civil derogado y, por el otro,

Durante la vigencia del Código Civil derogado, se establecía en el art 255 que “en todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”.

Si bien la norma reconocía el deber de procurar la determinación de la paternidad, condicionaba la promoción de la acción judicial a la expresa conformidad de la progenitora.

Se sostenía en defensa de esta solución normativa que se trataba de una opción para la madre en el marco del ejercicio de su derecho a la intimidad.

Sin embargo, un importante sector cuestionó dicho precepto señalando que, en el juicio de ponderación entre el derecho a la intimidad de la madre y el derecho a la identidad del hijo, era este último el que debía prevalecer <sup>44</sup>.

Es que el derecho a resguardar su intimidad, al no revelar con quien ha mantenido relaciones sexuales, que se encuentra amparado por el art. 19 de la CN, se mantiene incólume en tanto esas acciones privadas no perjudiquen a un tercero. La intimidad de la madre ha trascendido en el hijo; es decir, se ha hecho pública con el nacimiento. Su omisión constituye una conducta antijurídica, existe un proceder deliberado, media un perjuicio, hay relación de causalidad

<sup>42</sup> CNCiv., sala B, “D.H., N.D. c/ D.R., E.L. s/ Filiación”, 22/03/2011, sumario n° 21262 de la Base de Jurisprudencia de la Cámara Civil. Fallo completo publicado en: Gaceta de Paz del 21/9/2011.

<sup>43</sup> CNCiv., sala B, “U., L. c. M., G. J. s/ filiación”, 07/06/2019, AR/JUR/18024/2019.

<sup>44</sup> GROSMAN, Cecilia P., ARIANNA, Carlos A., “Hacia una mayor efectividad del art. 255 del Código Civil”, JA, 1992-II-692.; FAMÁ, María Victoria, ob. cit., p. 433.

entre el proceder y el daño y no existen eximentes de responsabilidad que puedan exculpar su comportamiento <sup>45</sup>.

En la actualidad, el art. 583 del Código Civil y Comercial de la Nación señala: “[E]n todos los casos en que un niño o una niña aparezca inscripto solo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero (...) se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa (...)”.

Los términos imperativos en los que se encuentra redactada la norma, evidencian que ya no es una opción para la madre invocar su derecho a la intimidad para no colaborar con la determinación de la paternidad de su hijo recién nacido.

Es que, si bien el hecho de engendramiento es un acto propio de la intimidad familiar y una conducta autorreferente, el derecho a la identidad de un hijo o hija en saber quién es su padre integra un derecho que solo pertenece a aquel o aquella. Ese dato que la madre pretende mantener en su fuero íntimo no pertenece a la progenitora <sup>46</sup>.

Así como el art. 583 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, impone el deber de la madre de denunciar los datos identificatorios del padre de su hijo para permitirle al Ministerio Público promover la acción de emplazamiento en representación de aquel, no caben dudas —a mi juicio— sobre la antijuridicidad de la conducta de la madre que no promueve a tiempo dicha acción.

La madre que no reclama el reconocimiento paterno en representación de su hijo incumple el deber jurídico de tutelar el derecho de identidad de su hijo o de su hija y como tal debe responder por el daño que cause dicha conducta.

Y si bien el principal responsable por la falta de reconocimiento voluntario será el progenitor, no puede desconocerse la incidencia causal de la conducta de la madre que, con su omisión, favorece el agravamiento o la consolidación del daño sufrido por el hijo en común.

Si como lo señalé anteriormente, cuanto mayor edad tenga el hijo o hija, mayor será el daño; lógico es concluir que parte del daño sufrido —aunque menor— debe ser atribuido a la conducta omisiva de la madre.

En vigencia del actual ordenamiento sustantivo, la madre tiene el deber jurídico insoslayable impuesto por el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, de evitar causar un daño no justificado, y adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño del cual un tercero sería responsable, o disminuir su magnitud (inc. a y b). La

<sup>45</sup> AZPIRI, Jorge O., “Juicios de filiación y patria potestad”, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Buenos Aires, 2ª ed., ps. 302/303.

<sup>46</sup> FORTUNA, Sebastián, “El deber de colaboración de la madre en la determinación de la filiación extramatrimonial y la responsabilidad civil derivada de su incumplimiento”, SJA, 01/04/2015, 23; JA 2015-II, 543, AR/DOC/4754/2015.

demora materna en iniciar la acción de filiación configura una suerte de concausa omisiva que contribuye a la producción del daño ocasionado por la falta de reconocimiento paterno <sup>47</sup>.

Esto no debe ser entendido como la reducción de la indemnización en perjuicio del hijo. De lo que se trata es de atribuir a cada progenitor la proporción del daño que efectivamente ha causado con su conducta.

Por ello, procederá que el juez fije un monto resarcitorio que se limite a cuantificar la concurrencia del padre en la producción del daño, debiendo para ello ser considerada la responsabilidad materna para disminuir el monto de la condena del padre demandado <sup>48</sup>.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental y ambos progenitores se encuentran compelidos a velar por él.

Así como el ordenamiento sustantivo contempla el deber de reconocer al hijo como propio, también impone el deber de colaborar en la determinación de la paternidad para el caso en que el niño solo cuente con filiación materna.

El art. 583 del Cód. Civ. y Com. de la Nación es una herramienta de prevención de daños impuesta tanto a la madre del recién nacido como al propio Estado quienes, en concordancia a lo que prevé el art. 1710, inc. b), se encuentran obligados a adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño a quien recién ha nacido o disminuir la magnitud de aquel que ya se ha iniciado.

La madre de quien no fue reconocido voluntariamente por su progenitor no resulta damnificada directa y, por lo tanto, carece de legitimación para reclamar el daño no patrimonial que invoque haber sufrido.

Paralelamente, si incumple el deber de colaborar en la determinación de la paternidad, promueve tardíamente la acción de reclamación del reconocimiento en representación de su hijo o hija menor o, directamente, no la inicia, será posible de responder por los daños y perjuicios que su conducta omisiva —aunque en menor medida— haya servido de concausa al daño sufrido por el hijo en común.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ARIANNA, Carlos y LEVY, Lea, “Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento” en GHERSI, Carlos (coord.) *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

<sup>47</sup> FERRER, Francisco, ob. cit., p. 249.

<sup>48</sup> ARIANNA, Carlos, LEVY, ob. cit., p. 443.

- AZPIRI, Jorge O., “Juicios de filiación y patria potestad”, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 2ª ed. BELLUSCIO, Augusto C., “Manual de Derecho de Familia”, Abeledo Perrot, 2011, 8ª ed., t. II.
- FAMÁ, María Victoria, “La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- “La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed. ampliada y actualizada.
- FERRER, Francisco, “Daños en las relaciones familiares”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed. revisada.
- FILLIA, Laura y MEDINA, Graciela, “Violencia por impedimento de contacto y responsabilidad por daño”, DFyP 2019 (julio), 45, AR/DOC/1837/2019.
- FORTUNA, Sebastián, “El deber de colaboración de la madre en la determinación de la filiación extramatrimonial y la responsabilidad civil derivada de su incumplimiento”, SJA 01/04/2015, 23; JA 2015-II-543, AR/DOC/4754/2015.
- GROSMAN, Cecilia P. y ARIANNA, Carlos A., “Hacia una mayor efectividad del art. 255 del Código Civil”, JA, 1992-II-692.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, en *Derecho de daños*, libro homenaje al Dr. Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989.
- MEDINA, Graciela, “Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo”, JA, 1998-III-1171. MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 287
- MÉNDEZ COSTA, M. Josefa, “Visión jurisprudencial de la filiación”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997. PIZARRO, Ramón, D., “Daño moral”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- PIZARRO, Ramón, VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed.
- SAGARNA, Fernando “Legitimación activa de la madre por daños derivados de la falta de reconocimiento filial”, RDF 65,243, AR/DOC/5182/2014.
- SOLARI, Néstor E., “Procedencia del daño moral en un caso de filiación”, LA LEY 2009-F, 193.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Chances afectivas”, *Revista de Derecho de Daños. Chances*, 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Alveroni, Córdoba, 2015.

Recepción: 21/9/2020

Aceptación: 20/11/2020