

## PRUEBA DEL DAÑO POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DEL HIJO

Autor:

Medina, Graciela

Cita: RC D 431/2012

**Tomo: 1999 4 La prueba del daño - I.**

Revista de Derecho de Daños

**Subtítulo:**

(VISIÓN JURISPRUDENCIAL)

**Sumario:**

I. Introducción. II. El daño por la falta de reconocimiento. III. De la prueba del daño. IV. Reseña jurisprudencial. 1. Agravio moral presumido por el daño a la vida de relación sufrido por llevar el sello de la ilegitimidad al ser conocida como hija de madre soltera. 2. Condena a reparación el daño moral por falta de apellido paterno, falta de emplazamiento en el estado de hijo, tristeza producida en los sentimientos de la menor por la falta de reconocimiento. Rechazo del pedido de indemnización del daño material. 3. Madre que reclama en forma personal 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 16 años. Especial ponderación de las características de la adolescencia y del impacto del no reconocimiento en esta etapa de la vida. No disminución del daño por demora materna en iniciar la acción de filiación. 5. Daño moral futuro cierto de un niño pequeño porque la histografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente. 6. No hace falta la prueba del daño sino que éste se presume cuando ha habido una lesión a un derecho personalísimo derivado del no reconocimiento voluntario. 7. Daño moral por el desamparo que produce la ausencia de rol paterno que no puede ser reemplazada en forma ambivalente por la madre porque cada uno de los roles guarda una clara autonomía que los torna excluyentes. 8. Rechazo del pedido de indemnización de los daños materiales por el no reconocimiento de hijos por no haberse demandado por alimentos. Aceptación del reclamo de daño moral por menoscabo a los sentimientos de la menor. 9. El daño moral por la falta de reconocimiento de un hijo durante toda su niñez se presume porque la sociedad argentina todavía diferencia a los hijos sin ambos vínculos parentales declarados y documentados. 10. Daño moral teniendo en cuenta la edad del hijo, su concurrencia a la escuela donde ha sufrido al no poder ostentar el apellido que le corresponde. 11. Daño moral de hijos mayores de edad. V. Conclusión.

## PRUEBA DEL DAÑO POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DEL HIJO

### I. Introducción

El tema de los daños y perjuicios por el no reconocimiento de los hijos extramatrimoniales ha nacido y evolucionado en la Argentina a la luz de los precedentes jurisprudenciales dictados en la década de los '90 y fines de los '80 [\[1\]](#). Ubicamos el inicio de la evolución en el año 1988, año en que la doctora Delma Cabrera, titular del Juzgado N° 9 en lo Civil y Comercial en San Isidro, dictó el primer precedente jurisprudencial [\[2\]](#); a partir de esta fecha los tribunales argentinos han aceptado favorablemente los reclamos indemnizatorios de hijos extramatrimoniales no reconocidos voluntariamente por sus progenitores, fundados en los principios generales sobre responsabilidad civil, porque no existe ninguna norma especial que regule la temática de la responsabilidad en las relaciones de familia en general, ni tampoco existe una normativa especial relativa a la responsabilidad por la falta de reconocimiento del hijo. La principal preocupación de la doctrina y de la jurisprudencia en esta primera decena de años ha estado referida a determinar el hecho antijurídico y el factor de atribución; precisados ellos, el daño se consideraba probado in re ipsa y la acción prosperaba. La primera cuestión tratada por autores y fallos fue la determinación del hecho o conducta antijurídica que obligaba a reparar el no reconocimiento del hijo, ya

---

que la defensa central de los progenitores no reconocientes radicaba en afirmar que no habían violado ninguna obligación jurídica ni faltado a ningún deber jurídico. Los sostenedores de que no existía antijuridicidad partían de considerar que el reconocimiento es un acto voluntario no obligatorio y que su no ejercicio no podía generar obligación de reparar [3]. Este argumento no fue considerado válido porque si bien el reconocimiento es un acto típicamente voluntario ello no implica que pueda ser considerado discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo a su libre arbitrio [4]. Ya que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional otorgado por la Convención de 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. La segunda cuestión determinada por doctrina y jurisprudencia fue el factor de atribución. En este punto se concuerda en afirmar que la responsabilidad del padre no reconociente debe ser atribuida a título de dolo o culpa, ya que no se trata de una responsabilidad de carácter objetivo sino subjetivo. Por lo tanto la mera falta de reconocimiento no genera sin más responsabilidad sino que ésta debe ser imputable a título de dolo o culpa [5]. No existe culpa si no se reconoció porque se ignoraba la existencia del hijo, o porque se dudaba de la paternidad; por ejemplo el hombre que durante mucho años fue estéril puede bien dudar de que el hijo atribuido fuere suyo, como así también puede dudar quien tuvo relaciones con una prostituta, aunque la casi certeza que hoy producen las pruebas biológicas no eximirán de responsabilidad si mediara negativa a su realización. Puede también existir imposibilidad de reconocimiento lo que exime también de la responsabilidad, circunstancia que se produce cuando el hijo no puede ser reconocido por el padre extramatrimonial por gozar de la presunción de paternidad del marido de la madre. El caso específico se da cuando se trata del hijo habido entre una mujer casada y un tercero, si el hijo nace en el seno del matrimonio es jurídicamente reconocido como hijo del marido de la madre y el padre no podrá en este caso reconocerlo ni tampoco iniciar las acciones de impugnación de la paternidad legítima que sólo pueden ser ejercidas por el marido de la madre y por el hijo (art. 259, Cód. Civ.). La tercera cuestión a precisar es la cuestión del daño y de su prueba, sobre este aspecto centraremos el presente estudio, para lo cual teniendo en cuenta el desarrollo pretoriano de la temática nos proponemos realizar un análisis a través de los precedentes jurisprudenciales, previo determinar en forma genérica qué daños puede producir el no reconocimiento, y precisar cuáles son los medios de prueba que se pueden utilizar para demostrarlo y cuáles son los que en la práctica se vienen utilizando.

## **II. El daño por la falta de reconocimiento**

La necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. Creemos que de lo que se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil, más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo [6]. Por lo tanto lo que se debe resarcir específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia, falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. 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. Pero también puede que el perjuicio material no se produzca, como por ejemplo en el caso en 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.

## **III. De la prueba del daño**

Cualquier medio de prueba es admisible para acreditar los daños materiales y morales provocados por la falta de reconocimiento, pero del análisis de los precedentes jurisprudenciales publicados advertimos que en unos pocos

---

casos 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 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 el nexo lógico existente entre los dos hechos [7]. 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 lógico [8].

#### **IV. Reseña jurisprudencial**

Partiendo de las premisas anteriormente señaladas analizaremos diferentes precedentes jurisprudenciales y nos detendremos en la enumeración de los hechos básicos probados y de los hechos presumidos que llevaron a los magistrados a tener por demostrada la existencia del daño moral.

##### **1. Agravio moral presumido por el daño a la vida de relación sufrida por llevar el sello de la ilegitimidad al ser conocida como hija de madre soltera**

El primer caso jurisprudencial que se dio en la Argentina fue resuelto por el Juzgado N° 9 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. 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 largos años en concubinato, concretamente desde el año 1975 al año 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 se negó a 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 a 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 filiación [9], y que la falta de reconocimiento voluntario de la menor constituye un comportamiento antijurídico que produce un daño moral. Los hechos que el tribunal de primera instancia entendió trascendentes para presumir el daño moral fueron los siguientes: - El largo plazo de la negativa paterna al reconocimiento (13 años). 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 transitó por la vida como negada por el padre. - El hecho de llevar sólo el apellido de la madre se entendió que le confirió el signo de la ilegitimidad y se presumió que éste necesariamente le debió producir angustias a la menor. - El hecho de ser ilegítima la colocó en desventaja frente a sus compañeras de colegio y amigas. - El hecho de ser hija de madre soltera la signó con un tono de minusvalía social. - La minusvalía social mayor por formar parte de la clase media, situación distinta en otros estamentos sociales, quizás porque entre los más pobres los hijos extramatrimoniales se dan en un mayor número de casos. - La falta de figura paterna cierta y responsable durante 13 años que necesariamente le debió producir un sentimiento de inferioridad y de desprotección. Por todos los hechos anteriormente enumerados el tribunal consideró acreditado el daño moral y 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, considero 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" [10]. 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 progenitora y que la conducta de ella no había sido el objeto del litigio [11].

##### **2. Condena a "reparación del daño moral" por falta de apellido paterno, falta de emplazamiento en el**

---

### **estado de hijo y tristeza que la falta de reconocimiento producía en los sentimientos del menor. "Rechazo del pedido de indemnización del daño material" [12]**

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 del menor accionó reclamando el reconocimiento, el daño moral y el material. El demandado se negó a someterse a las pruebas genéticas, éstas fueron practicadas en sus hermanos e indicaron una probabilidad del 95,8% de 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. En este precedente el daño moral se tuvo por acreditado por presunciones y por prueba pericial psicológica: a) Prueba pericial psicológica. La perito psicóloga informó la tristeza que la falta de reconocimiento producía al menor y cómo le afectaba el estado anímico. b) Presunciones. Se presumió el daño moral a partir de los siguientes hechos: - Falta de apellido paterno durante cinco años. - El hecho de no haber sido reconocido en el ámbito de las relaciones humanas como hijo de su progenitor. - Falta de emplazamiento en el estado de hijo. Resulta muy importante destacar que no se aceptaron como un hecho determinante a los fines del daño las carencias afectivas por los cinco años en que el menor no fue reconocido porque el tribunal entendió que de lo contrario el hijo reconocido y que incluso convive con los padres podría demandar a éstos por la misma causal sin demandar separación o divorcio. En cambio rechazó la existencia del daño material por no haberse alegado en qué consistía y 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. Madre que reclama en forma personal daño moral por el no reconocimiento de su hijo y el reintegro de los gastos por embarazo y por parto [13]**

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 cual conciben 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. 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. 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. 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 ambos [14]. Por nuestra parte coincidimos en que hubo 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 durante 16 años. Especial ponderación de las características de la adolescencia y del impacto del no reconocimiento en esta etapa de la vida. 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 y rechazó el pedido de indemnización por entender que no había causado ningún daño moral, hizo hincapié en el tiempo que demoró la madre en reclamar en nombre de su hija (casi 16 años). 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 la madre pudo haber ahorrado a la hija parte de sus sufrimientos con una denuncia deducida más tempranamente, no lo es menos que ésta sí reconoció a la hija en su momento cumpliendo con su deber de progenitora y que la conducta de ella no ha sido objeto de este litigio. "En cuanto al daño moral, éste se tuvo por acreditado por la sola comisión del accionar antijurídico que surge de circunstancia del no reconocimiento. Si así no fuera, no habría mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio y notorio". Los hechos que se tuvieron en cuenta para presumir el daño moral fueron los siguientes: - El hecho de transitar por la vida sin más apellido que el materno. - El hecho de no poder alegar la paternidad. - El hecho de no haber sido considerada en el ámbito de las relaciones humanas como hija de su progenitor. - La edad de la joven -16 años-, quien se encuentra en la etapa de la adolescencia, la que se caracteriza por la extremada susceptibilidad, sensibilidad y por la necesidad de reconocimiento y afecto. En definitiva, señalando que el daño debe tenerse por acreditado por la sola existencia del hecho antijurídico y teniendo en cuenta todos estos elementos antes detallados, se condenó a pagar la suma de \$ 55.000 en concepto de daño moral.

#### **5. Daño moral "futuro cierto" de un niño pequeño porque la histografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente**

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 razón fue condenado en primera instancia en la acción de filiación contra él intentada, pero el fallo del primer tribunal no hizo lugar al reclamo de la madre 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 tres años. La Cámara de Junín, con voto del doctor Venini [\[15\]](#), revocó la sentencia acogiendo la demanda de reclamo de indemnización del daño moral y condenó a pagar una indemnización de \$ 15.000 por daño tal concepto. Es importante detenernos a precisar cuáles fueron los hechos que permitieron al tribunal presumir la existencia del daño moral del menor de tres años y revocar el pronunciamiento de primera instancia que los había tenido por no probados. El vocal preopinante entendió en este caso que se estaba ante un daño moral futuro cierto que se presumía a partir de los siguientes hechos: - El desconocimiento del padre. - La negativa a someterse a las pruebas biológicas. - La falta de apellido paterno. Consideró que esos elementos necesariamente han de provocar un agravio moral futuro y cierto porque la historiografía de la vida del niño no reconocido voluntariamente va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente.

#### **6. No hace falta la prueba del daño sino que éste se presume cuando ha habido una lesión a un derecho personalísimo derivado del no reconocimiento voluntario**

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, M. 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 señalamos 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 ésta pueda ser de distinta intensidad según las distintas circunstancias del caso [\[16\]](#).

---

## **7. Daño moral por el desamparo que produce la ausencia de rol paterno que no puede ser reemplazado en forma ambivalente por la madre, porque cada uno de los roles guarda una clara autonomía que los torna excluyentes**

La Cámara 1ª Civil y Comercial de Mar del Plata [\[17\]](#) confirmó un fallo en que se había condenado a indemnizar a una menor por el daño moral provocado por la falta de reconocimiento espontáneo de su progenitor, quien lo había hecho a los dos años de nacida la menor, después de la realización de las pruebas genéticas. Los hechos que le permitieron al tribunal presumir la existencia del daño moral fueron los siguientes: -La falta de presencia paterna hace presumir el desamparo y la inseguridad en los que se ve sumido un niño de corta edad por la carencia del progenitor masculino. - La ausencia del rol paterno produce de por sí 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, ya que ambas funciones 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. En contraposición con el primero de los fallos en comentario, el tribunal entendió, ocho años después, que desde "el ángulo religioso o del derecho, sino desde el aspecto social cuestiones como las que nos ocupan, no tengan la misma trascendencia que hace un tiempo". Por ello: - No aceptan que el hijo de madre soltera conlleve un tono de minusvalía social, y - que la desaprobación social por ser hijo de madre soltera se acentúe cuando se pertenece a la clase media. Es decir que los dos hechos antes enumerados no fueron tenidos en cuenta por el tribunal para presumir la existencia de daño moral en el niño no reconocido.

## **8. Rechazo del pedido de indemnización de los daños materiales por el no reconocimiento de hijos por no haberse demandado por alimentos Aceptación del reclamo de daño moral por menoscabo a los sentimientos de la menor**

La sala II de la Cámara Civil y Comercial de Morón [\[18\]](#) rechazó el pedido de indemnización del daño material petitionado por la madre, fundado en que la falta de reconocimiento voluntario la obligó a la prestación de alimentos en forma unipersonal. El tribunal entendió -en nuestro criterio en forma errónea- que la vía para realizar este reclamo era el juicio de alimentos, y por tal motivo rechazó la pretensión de la progenitora de que se le indemnizara el daño material de tener que haber prestado a su hija toda la asistencia necesaria, cuando ésta en verdad está a cargo de los dos progenitores. En cuanto al daño moral por la falta de reconocimiento espontáneo de la hija, el que se produjo un año y medio después de iniciado el expediente, se estimó que él surgía de la simple comisión del hecho antijurídico y se presumió del menoscabo en los sentimientos de la menor que es dable prever.

## **9. El daño moral por la falta de reconocimiento de un hijo durante toda su niñez se presume porque la sociedad argentina todavía diferencia a los hijos sin ambos vínculos parentales declarados y documentados**

La sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Martín [\[19\]](#) confirmó una sentencia que condenaba al padre a indemnizar el daño moral sufrido por un hijo que no había sido reconocido voluntariamente en su niñez. El padre apeló el fallo de primera instancia sosteniendo que el daño no estaba probado, el tribunal entendió acreditado el daño: - Las pautas culturales en que se desenvuelve la sociedad argentina -pese a una mayor liberalización de las costumbres- diferencia todavía a los hijos sin ambos vínculos parentales declarados y documentados. Sigue en esto el criterio aceptado por el primer precedente resuelto por la Cámara Civil I de San Isidro en el año 1988 [\[20\]](#) y se aparta de lo sostenido en el año 1996 por la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata en su sala II [\[21\]](#). - El menor que transcurre toda su infancia sin el reconocimiento paterno sufre un grave agravio fundado en: a) la falta de responsabilidad; b) la falta de interés, y c) la falta de afecto.

## **10. Daño moral teniendo en cuenta la edad del hijo y su concurrencia a la escuela donde ha sufrido al no poder ostentar el apellido que le corresponde**

La sala I de la Cámara Civil y Comercial de Azul [\[22\]](#) revocó una sentencia que había rechazado la acción por reconocimiento de filiación extramatrimonial y daños y perjuicios. En lo relativo al tema de los daños y de su prueba -que constituye el objeto de nuestro trabajo- el tribunal presumió la existencia del daño moral por la falta de reconocimiento de un hijo de cuatro años de edad señalando que: - La negación del padre produce dolor

---

moral. - La relación del niño con otros niños le produce sufrimiento cuando no puede hacer uso del apellido paterno. - 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.

## 11. Daño moral de hijos mayores de edad

La sala III de la Cámara Civil y Comercial de Entre Ríos [23] condenó a indemnizar el daño moral producido por la falta de reconocimiento de tres hijos mayores: S. M. de 26 años, G. F. de 24 y R. J. de 23 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. El tribunal tuvo en cuenta para presumir el daño moral los siguientes hechos: - Que los tres hijos habían transitado por la vida durante un cuarto de siglo como personas negadas por su padre. - Que el llevar sólo el apellido de la madre constituye un sello de ilegitimidad. - Que el ser hijos no reconocidos los había colocado en situación de desventaja frente a sus amigos, compañeros de estudio y la comunidad toda. - Se tuvo en cuenta que eran hijos de una directora de escuela, lo que los hacía pertenecer a un estamento social en que estas cuestiones aún son sinónimos de minusvalía -cuanto más dos o tres décadas atrás- a diferencia de los estratos más humildes, en que porque existen gran número de casos o porque las necesidades no dejan lugar a discriminaciones de esta índole se perciben con menor intensidad. En definitiva se entendió que la falta de figura paterna cierta, viable, y responsable, lógicamente causa un agravio moral que debe ser reparado, aun cuando los actores fueren mayores de edad.

## V. Conclusión

Este breve análisis del tema nos permite advertir que en general el daño moral por la falta de reconocimiento del hijo se prueba por presunciones y que 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 reconocido por uno solo de sus progenitores coloca a los hijos no reconocidos espontáneamente en desventaja frente a sus compañeros de colegios, amigos y la comunidad toda. - El hecho de ser hijo de madre soltera produce una minusvalía social, mayor en la clase media que en los estratos más humildes, en los que por ir existen gran número de casos o porque las necesidades no dejan lugar a discriminaciones de esta índole se perciben con menor intensidad. - 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. Por otra parte es importante destacar que el daño moral se presume aun cuando el niño tenga muy pocos años porque la historiografía de la vida del niño no reconocido voluntariamente va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente.

- [1] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, 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, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 665.
- [2] Primera Instancia Civ. y Com. de San Isidro, Juzgado N° 9, 25-3-88, E. D. 128-333.
- [3] MEDINA, Graciela, Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo (Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente), en J. A. del 19-8-98, p. 31.
- [4] ZANNONI, Eduardo A., La responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo, en L. L. 1990-A-1.

- 
- [5] ZANONNI, ob. cit. en nota anterior; COMPIANI, María Fabiana, Acción indemnizatoria del hijo contra los progenitores que han omitido u obstaculizado su emplazamiento en el estado filial, en Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro, 2-6-98, p. 21.
- [6] Julio César Rivera (Instituciones de Derecho Civil. Parte general, t. II) aclara que el estado de familia forma parte del estado civil y constituye un derecho personalísimo.
- [7] MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto José, 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.
- [8] PIEDECASAS, Miguel A., La prueba en los procesos por accidentes de tránsito, en Revista de Daños, N° 1, Accidentes de tránsito-I, p. 223.
- [9] El fallo es anterior a la reforma constitucional y se basa en los derechos implícitos contenidos en el art. 33 de la Const. Nac. Primera Instancia Civ. y Com. 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 acerca 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 de Derechos del Niño.
- [10] Primera Instancia Civ. y Com. de San Isidro, E. D. 128-333, consid. 6°.
- [11] Cám. Civ. y Com. 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.
- [12] Cám. Nac. Civ., sala F, 19-10-89, L. L. 1990-A-2.
- [13] Cám. Nac. Civ., sala L, 14-4-94, L. L. 1995-C-405.
- [14] GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, El daño moral en la negativa de filiación y legitimación al resarcimiento, en L. L. 1995-C-413.
- [15] Cám. Civ. y Com. de Junín, 22-9-95, L. L. Buenos Aires 1996-374.
- [16] Cám. Civ. y Com., sala I, 19-8-97, "U., A. M. c/M., J. O.", L. L. 1997-E-478.
- [17] Cám. 1ª Civ. y Com. de Mar del Plata, sala I, 31-10-96, L. L. Buenos Aires, N° 3, abril de 1998, p. 390.
- [18] Cám. Civ. y Com. de Morón, sala II, 21-10-97, L. L. Buenos Aires, N° 3, abril de 1998, p. 399.
- [19] Cám. Civ. y Com. de San Martín, sala I, 3-4-97, L. L. Buenos Aires 19971069.
- [20] Cám. Civ. y Com. de San Isidro, sala I, 13-10-88, E. D. 132-477. Cám. 1ª Civ. y Com. de Mar del Plata, sala I, 31-10-96, L. L. Buenos Aires, N° 3, abril de 1998, p. 390.
- [21] Ídem nota 17.
- [22] Cám. Civ. y Com. de Azul, 11-12-96, L. L. Buenos Aires 1997-562.
- [23] Cám. Civ. y Com. de Entre Ríos, sala III, 8-11-96, E. D. 175-473.



---

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.