

EL DAÑO PROVOCADO POR EL DESCONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA FILIACIÓN

Alejandro José Riera Gagliardone*

Introducción

En diciembre de 2004 se inició por primera vez en el Paraguay una acción ordinaria de indemnización de daños producto del desconocimiento voluntario de la paternidad. En la misma, una madre ejerciendo la representación de su hijo solicitó judicialmente que el padre del menor resarciera a al niño por los daños provocados al mismo por haberle negado el derecho a la identidad y por haberlo tratado en forma discriminatoria.

La base de la demanda se encontraba en el hecho de que el progenitor se rehusó constantemente a reconocer voluntariamente a su hijo, repetidamente lo negó ante terceros, negó la relación afectiva que existió entre él y la accionante, y litigó durante más de cuatro años –hasta presentó una acción de inconstitucionalidad en relación con la acción de filiación- con el sólo propósito de desconocer al menor como descendiente suyo.

Una vez firme la sentencia declarativa del emplazamiento filial, se presentó la demanda con la intención de reparar el daño causado, o como mejor se dice, al menos paliar el abandono, el daño moral provocado por sus actos discriminatorios, la negación del derecho a la identidad y la falta de asistencia desde la concepción, por medio de una reparación en moneda.

Pese a lo demostrado, la Sentencia Nº 846, del 05 de diciembre de 2007, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo

* Abogado. Docente universitario de la materia Obligaciones II en la Facultad de Derecho de la Universidad Americana. Postgrado de Especialización en Derecho de Daños de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Postgrado en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. Coautor del libro “Alimentos en la Niñez y la Adolescencia”, Intercontinental Editora, 2008. Correo-e: ajrg77@gmail.com

Turno, rechazó la pretensión argumentando que “...*nuestro derecho positivo no encuadra una figura jurídica que tipifique el daño por desconocimiento de filiación.*”.

Según el criterio del magistrado de primera instancia, que ignoró el artículo 45 de nuestra Constitución, de nada servían el informe psicológico que daba a conocer el estado de perturbación del menor, la absolución del demandado, los informes del colegio público al que asistía el niño que evidenciaron que el mismo creaba fantasías relacionadas a su padre, los testigos que evidenciaron el trato discriminatorio que recibía el menor por llevar sólo el apellido materno, y la doctrina y la jurisprudencia internacional.

En un acto histórico, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala, dictó una resolución sin precedentes en el Paraguay: el Acuerdo y Sentencia N° 26, de fecha 25 de marzo de 2009. En virtud del mismo se revocó el fallo de primera instancia, reconociendo que quien viola un derecho humano es un dañador y que se debe resarcir a la víctima de dicha violación, en este caso de los derechos humanos a la dignidad y la identidad.

Como era de esperarse, el demandado apeló la resolución e intenta actualmente convencer a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que la falta de una ley que tipifique el daño alegado es suficiente argumento para revocar la sentencia de segunda instancia.

Si se sigue el criterio que esgrime el demandado, se deben empezar a rechazar las acciones de daños por accidentes de tránsito, ya que en nuestro Código Civil no está tipificado el daño por colisión de vehículos.

Veamos de donde surge la figura y por qué está tomando fuerza la doctrina que sostiene que los daños provocados en el ámbito familiar deben ser resarcidos. Analizaremos por qué el no reconocimiento de un hijo extramatrimonial genera un daño del cual el progenitor no reconociente es responsable.

La idea base es la siguiente: la negación consciente de un derecho es siempre un acto ilícito. Es por ello por lo que en este caso, el detrimento que

se le ocasiona a un menor no puede ser tolerado por el servicio de justicia y surge la obligación de resarcir.

Evidentemente hay un límite, este resarcimiento no es posible si la conducta antijurídica no produce un daño –ya sea moral o material, actual o futuro, pero posible- que debe guardar una relación de causalidad entre el mismo y el hecho que dio lugar a la responsabilidad.

La Filiación

Desde que venimos al mundo y en la medida que vamos creciendo, nos hacemos innumerables preguntas. Una de ellas es, sin falta, “¿quién soy?”. Ya que el entender quiénes somos, quienes son nuestros familiares y ancestros y el buscar información sobre nuestra procedencia es una necesidad natural de todos.

Quedemos de acuerdo primero en qué significa filiación. El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española – Vigésima Edición - dice que es “*la procedencia de los hijos respecto de los padres*”. Otros juristas (en especial italianos y españoles) la han definido, por ejemplo, como “*el vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y el hijo*”, o como la “*relación existente entre el nacido y el progenitor en virtud de la cual el primero se dice hijo del segundo*”. Otra definición sería “*aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducida de la relación natural de procreación que la liga con un tercero*” (Méndez Costa y D´Antonio, 1996; López de Carril, 1976; Bossert y Zannoni, 1986).

En los años 70, el Dr. Julio J. López del Carril definió la filiación como “*la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y la madre que lo alumbró*” (López de Carril, 1976). Refiere al hecho principalmente como de naturaleza biológica, el cual producirá efectos jurídicos. Evidentemente en aquel entonces ni se soñaba en la prueba pericial científica por análisis de ADN.

Más recientemente, el Dr. Jorge Azpiri sostuvo que la filiación es “*el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y con*

la mujer que lo alumbró” (Azpiri, 2003). Los conceptos se parecen, pero el segundo incluye la expresión “vínculo familiar”, resaltando que la relación es de por sí jurídico-biológica y no al revés.

La filiación es un hecho natural, no una creación del derecho. No es un instituto ni una figura de origen legal, sino una realidad anterior a las leyes, que debe ser reconocida y protegida por los legisladores y los operadores del derecho, sin distorsionar ni vulnerar su naturaleza. Dentro de dicha protección es donde surge esa relación jurídico-biológica.

Evidentemente me refiero a la filiación desde el punto de vista biológico y a sus efectos jurídicos, porque recordemos que en la actualidad ya no se puede identificar categóricamente y únicamente a la mujer que ha dado a luz como la madre desde que la ciencia ha evolucionado hasta el punto de hacer posible la participación de hasta a cuatro mujeres en el proceso biológico-socio-jurídico de la gestación de un hijo. Y hasta a tres hombres.

El derecho humano a la identidad

Sólo a modo de curiosidad mencionamos que la investigación de la paternidad fue rechazada en casi todas las legislaciones occidentales hasta inicios del siglo XX, con algunas excepciones (Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Austria, Prusia).

Recordemos que antes de que existiera la prueba científica genética del ADN, la filiación sólo podía ser probada por medio del reconocimiento voluntario o, en ausencia del reconocimiento, por medio de pruebas aptas para probar hechos, tales como la posesión de estado, la absolución de posiciones o los testigos.

La jurisprudencia María Josefa Méndez Costa sostiene que *“la filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y,*

lógicamente, a estos con aquel.” (Mendez Costa, 1997). De allí, de nuestra procedencia, parte la esencia de la identidad.

Según el Dr. Carlos Fernández Sessarego, quien se basa principalmente en el estudio y análisis de la jurisprudencia italiana, la identidad es *“el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad..., es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’”* (Fernández Sessarego, 1992).

Si bien la base del concepto de identidad personal radica inicialmente en nuestra procedencia, ésta termina siendo sólo uno de los elementos –creo que el más importante- pues su concepto es más amplio. La identidad está entendida en forma restringida como la identificación, en la cual se encuentran datos como por ejemplo la fecha de nacimiento, el nombre, el apellido y el estado civil.

Más ampliamente la identidad, ligada estrechamente a la dignidad humana, conduce a conocer la verdad específica personal, vinculándola al aspecto psicológico, espiritual, somático, ideológico, cultural, sexual y político de la persona. Pero al final, para hacernos esas ideas, partimos nuevamente de la base: *“¿de dónde venimos?”*.

Así vemos que nuestra procedencia es la base de nuestro derecho a la identidad. El saber quiénes son nuestros padres y ser reconocidos por ellos afecta enormemente quienes seremos. Filiación e identidad comparten demasiados puntos en común.

Ejemplos sobran, como los pedidos de investigación de paternidad que en el mundo presentan los hijos adoptivos o las investigaciones gubernamentales que se realizan al respecto, como es el caso de los desaparecidos en la dictadura argentina durante el “Proceso de Reorganización Nacional”.

La obligación de reconocer

Partamos de la base de que todos tienen derecho a conocer a sus

padres. Es una necesidad natural de todo ser humano el querer conocer su propia historia y dentro de ese deseo se destaca obviamente el querer saber quiénes son sus progenitores.

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en que un progenitor se niega a realizar el acto de reconocimiento mediante el cual un hijo conoce su filiación, su procedencia?

Obviamente, además de privarlo de derechos patrimoniales relacionados al vínculo padre-hijo, en caso de no existir reconocimiento voluntario del hijo, se le está negando el poder desarrollar integralmente su derecho a la identidad. Se le niega el poder conocer su historia.

El reconocimiento de un hijo es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad respecto de otra. Es un acto de confesión extremadamente importante por el cual se establece una filiación, la manifestación de voluntad encaminada a considerar como hijo al reconocido y ocupar la posición jurídica de progenitor natural.

Dicho acto de reconocimiento siempre tuvo discrepancias en cuanto a su naturaleza jurídica, pues según algunos es un acto constitutivo y según otros es un acto declarativo.

Dicha controversia no es poca cosa, pues si se entiende que es constitutivo, el hijo no puede hacer valer sus derechos retroactivamente, y determina que las obligaciones que deriven del acto sólo operen de allí en adelante. Si, por el contrario, se establece que el reconocimiento es un acto declarativo, opera retroactivamente.

Considerando que, hasta ahora, la paternidad viene ligada al vínculo biológico-jurídico que existe entre progenitores y engendrado y que la filiación es un hecho natural reconocido y protegido por el derecho, me adhiero a la segunda línea de pensamiento. En consecuencia, el reconocimiento es sólo un acto declarativo.

El derecho a la identidad es un derecho personalísimo, y es

irrenunciable. Un individuo es hijo de sus padres, quieran estos aceptarlo o no como tal, queramos nosotros o no que dichos progenitores sean nuestros ascendientes. En virtud a lo reconocido y establecido en los artículos 4 y 53 de la Constitución, los derechos y las obligaciones ligados a la paternidad existen *per se*.

Además del derecho consagrado en nuestra Ley Fundamental, existen tratados internacionales ratificados por la República del Paraguay que garantizan el derecho a la identidad, como lo establece la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña en su artículo 8.

Estos importantes cuerpos legales garantizan el derecho a la identidad de las personas, asegurando inmediatamente su identificación desde su nacimiento, sea mediante el reconocimiento voluntario o mediante el uso de métodos científicos, administrativos y judiciales existentes para ello.

Gracias a nuestra Constitución y a los tratados internacionales referentes a derechos humanos ratificados por la República del Paraguay, nuestro sistema normativo vigente reconoce que toda agresión o lesión a los derechos personalísimos, en especial los de carácter extrapatrimonial, merecen una tutela preventiva y generan derecho a solicitar su protección y una reparación en caso que los mismos sean violados.

Hay autores que han sostenido que en la negativa a reconocer no existe violación de un derecho, alegando que el acto de reconocimiento filial constituye un acto voluntario, al que ninguna persona puede ser coaccionada. Disiento con dicha postura.

El otorgar el estado de familia a una persona debe ser un acto libre, pero ello no implica afirmar que el acto de reconocimiento constituye una mera facultad del progenitor que la ley le autoriza a realizar o no. Son los hijos quienes tienen el derecho a ser reconocidos por sus progenitores. Ni la Constitución, ni los tratados ni la ley autorizan a los padres a omitir tal conducta, sino que obligan a realizar dicho acto.

Algo más de historia y algunas leyes aplicables

Históricamente, Francia fue uno de los primeros países donde se planteó y se hizo lugar a una acción de resarcimiento por daños en contra de un padre que se negó a reconocer a su hijo. Fue en los años 70. El primer caso presentado en Latinoamérica sobre el mismo tema, se inició a mediados de los años 80 en la República Argentina.

Con esto quiero indicar que este trabajo no trata una idea tan nueva en el mundo del derecho. Ni siquiera es nueva dentro de nuestra doctrina jurídica nacional. El primer juicio en el Paraguay por el cual se demandó resarcimiento por los daños provocados ante la falta de reconocimiento voluntario de la filiación, data de 2004. Es aquel al que me he referido al inicio de este escrito. Asimismo, jurisconsultos de la talla del Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli y el Dr. Alberto Martínez Simón ya han escrito al respecto en obras suyas.

Como ya hemos dicho anteriormente, el acto de reconocer a un hijo no es meramente discrecional ni optativo, sino que implica una obligación civil, derivada de los derechos humanos a la vida, a la identidad, a la dignidad y a los alimentos, de los cuales goza toda persona venida a este mundo.

Hasta hace unos 50 años, era impensable que siquiera consideráramos la posibilidad de aceptar que existían actos dentro del seno familiar, que pudieran ser considerados dañosos al punto que den lugar a una acción de reparación o resarcimiento.

El trato duro, bajo la “guía” del *pater familia*, era lo normal dentro de la estructura familiar, de acuerdo con los datos históricos y estadísticos. La misma estaba apoyada en valores culturales nacidos de una concepción jerárquica y patriarcal, en la cual las relaciones abusivas se daban, preferentemente por la relación sexo/género y la edad.

Bastante se ha discutido si corresponde o no el reclamo de indemnización por los daños sufridos dentro de las relaciones familiares. Anteriormente se rechazaba esa posibilidad, en nombre de la paz social y familiar y en la idea que se debía proteger en forma amplia la discrecionalidad

de los padres de disciplinar, controlar y actuar sobre sus hijos.

Tan fuerte era esa línea de pensamiento, que una Corte de los Estados Unidos llegó a rechazar la acción civil de indemnización de daños planteada contra un padre que había sido declarado criminalmente responsable de haber violado a su hija¹.

Estos argumentos cayeron pronto en descrédito y, desde luego, no resistieron el paso del tiempo, las transformaciones sociales y los cambios en la concepción de la familia. Al igual que ocurrió con la inmunidad conyugal, la jurisprudencia también restringió paulatinamente el ámbito de la inmunidad paterna y la fue sustituyendo por el reconocimiento de ciertos ámbitos de discrecionalidad en el ejercicio de la patria potestad o por la sujeción de los padres al estándar flexible del *reasonable and prudent parent*.

Los progenitores dejaron de ser amos y señores de sus hijos y perdieron su inmunidad ante los reclamos por los actos de negación o de abuso de derechos contra sus descendientes.

Todo nuestro sistema jurídico obliga a reconocer y asistir a los hijos. No hacerlo en forma voluntaria es obrar en forma antijurídica. Conforme a nuestra Constitución y a las leyes naturales, las obligaciones de los padres para con sus hijos nacen desde el momento de su concepción y dicha responsabilidad no es una opción.

El preámbulo de la Constitución dice: “...reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia...”. Negar a alguien, desconocerlo, ningunearlo, es negar la dignidad proclamada e inherente a toda persona. Desde el momento que un padre no reconoce a su hijo, crea una desigualdad en sus derechos ante los demás.

La misma Constitución en su artículo 53, “De los hijos”, establece lo siguiente: “*Los padres tienen... la obligación de asistir, alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad.*” Amparar es cuidar, proteger, no

¹ Roller v. Roller [37 Wash. 242, 79 P. 788], EE.UU., año 1905.

abandonar. Un hijo no reconocido está en situación de desamparo frente al progenitor que lo niega.

Una vez más, la Constitución dice en su artículo 54 cuanto sigue: “*La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono,... Los derechos del niño en caso de conflicto tienen carácter prevaleciente*”. Vemos así que reconocer y cuidar a un hijo nunca fue una opción.

Empiezo con los artículos constitucionales porque soy un convencido de que su interpretación no compete únicamente a la Corte Suprema de Justicia, sino a todos los magistrados. Si los fallos de cualquier juez, sea cual fuere su rango, deben estar fundados en la Constitución, ello significa que debe aplicarla, para lo cual se requiere previamente una labor interpretativa.

Además, “*...nada autoriza a considerarse que la atribución de interpretar la Constitución reconocida a la Corte Suprema por el artículo 3º, inciso a), de la Ley N° 609/95, ha sido conferida en exclusividad.*” (Voto del Dr. Luis Lezcano Claude en el Acuerdo y Sentencia N° 481 del año 1996).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por Ley N° 57/90, en su art. 7 establece que el niño: “*...tendrá derecho desde que nace a un nombre,... a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”. Un progenitor que voluntariamente desconoce la filiación de su hijo le está negando su nombre, su derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ambos.

Los artículos 18, 19 y 32 del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la República del Paraguay por Ley N° 1/89, dicen que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos; que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; y que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

El artículo 1833 del Código Civil establece que el que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño².

Continuando con la exposición de artículos legales aplicables encontramos el artículo 1834 del C.C. que dice que tendrán carácter de ilícitos los actos voluntarios que fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales, u otras disposiciones dictadas por autoridad competente, quedando comprendidas en ese inciso las omisiones que causaren perjuicio a terceros, cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido.

La ley obliga a los progenitores a reconocer y cuidar a sus hijos menores de edad, y ejemplo de ello es el derecho que tiene el menor a plantear la acción de filiación contra el progenitor que lo desconoce. Aquí se va cerrando el círculo, pues recordemos que el acto personalísimo de reconocer a un hijo es obligatorio, no optativo.

Comenta el Dr. Jorge O. Azpiri, en un ensayo publicado en la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia N° 20, Edit. LexisNexis Abeledo-Perrot, año 2002, que la primera sentencia argentina sobre el resarcimiento de daños y perjuicios por el no reconocimiento de un hijo data de 1988 (Cámara Nacional Civil y Comercial de San Isidro), mediante conclusiones a las que llegaron por la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

Aún cuando no exista una norma expresa que establezca la responsabilidad por la omisión de reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no se pueden dejar de aplicar los preceptos de la responsabilidad civil cuando ésta deriva de una conducta antijurídica, imputable a su autor, que provoque un daño si existe nexo de causalidad entre la omisión y el perjuicio.

Hoy existen países, como es el caso de Francia, Argentina, Costa Rica, España, El Salvador, Perú, en los cuales el derecho ha evolucionado hasta tal punto que tanto la acción de filiación como la de daños por desconocimiento pueden iniciarse al mismo tiempo e incluso en algunos

² Ilícito: “Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a justicia, equidad, razón o buenas costumbres. Ilegal. Inmoral” (Osorio, 1992).

casos formar una sola causa, haciendo que la sentencia que establece el emplazamiento filial al mismo tiempo determine cuál es el monto indemnizatorio del daño moral según las circunstancias.

El daño ante la falta de reconocimiento de la filiación

Si bien existen actualmente diferentes líneas doctrinarias –la que acepta, la que rechaza y la ecléctica- que se refieren a la existencia de un daño indemnizable ante la negación del vínculo biológico-jurídico, quedemos de acuerdo en que la falta de reconocimiento voluntario de la filiación es de todas formas un ilícito civil, que implica la negación del derecho a la identidad y que provoca un injusto estado de abandono del menor rechazado.

Estudiemos ahora si dicha negación de derechos merece ser indemnizada. Para ello debemos concordar en cuál es la clase de daño que se busca ya no reparar, puesto que eso es casi imposible, pero si al menos resarcir.

Veamos que significan daño y daño moral:

Daño: “*Causar detrimento, menoscabo, dolor o perjuicio*” (De Santo, 2003).

Daño moral: “...*consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica, y si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses tutelados por la ley.*” (Osorio, 1992).

Daño moral: “...*disminución de aquellos bienes, insuceptibles de apreciación económica, que tienen valor precioso en la vida del hombre, y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos*” (De Santo, 2003).

Entendiendo que la negación de la filiación es un daño moral, en un fallo de la Cámara Nacional en lo Civil de Argentina, Sala F, de fecha 19 de

octubre de 1989, publicado en La Ley 1990-A-2, se dijo que en “...*la falta de reconocimiento voluntario la reparación se impone sin exigir prueba directa de su existencia*”. El voto del doctor Bossert precisó que el daño moral provenía de no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado en las relaciones familiares.

La prueba del daño en este tipo de casos según las sentencias de las distintas instancias judiciales, se configura por la falta de inscripción voluntaria y por el intento del padre de no cumplir con las obligaciones que la figura de la patria potestad impone, el abandono sufrido en los primeros años de vida y la intención del padre de dejar a su hijo fuera de su protección.

Al respecto, el Dr. Ricardo J. Dutto sostiene que “...*a pesar de la falta de norma expresa no puede haber duda de que media culpa por parte de quien ante la vehemente sospecha de haber engendrado un hijo, elude su reconocimiento. Lo cual es así debido a la violación del derecho a tener la propia identidad, de todas y cada una de las personas, y, como consecuencia de ello, a gozar del uso del nombre y de la nacionalidad que le corresponde, como así también de integrarse en el seno de su propia familia, constituyendo el estado de familia un atributo de la personalidad del cual ninguna persona puede ser privada*” (Dutto, 2006).

La jurisprudencia, llegando más lejos, tiene establecido que el daño moral no requiere prueba directa en ningún caso pues se demuestra con la verificación de la titularidad del derecho lesionado en cabeza del reclamante y la omisión antijurídica del demandado³.

Con respecto a la antijuridicidad de la omisión de reconocer voluntariamente a un hijo, repito lo afirmado anteriormente: el aceptar la paternidad e inscribir a un menor como descendiente de uno constituye un acto voluntario unilateral, pero ello no significa afirmar que dicho reconocimiento sea una mera facultad del progenitor que el derecho autoriza a realizar o no.

³ Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares, Buenos Aires: Edit. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002, p. 36.

Por el contrario, al advertirse el expreso derecho que tiene el hijo a exigir ser reconocido por su progenitor, fácil resulta concluir que este último no está facultado a omitir tal conducta sino que ha de asumir el deber jurídico de reconocerlo. Redondeando, no reconocer a un hijo constituye un ilícito civil pues proviene de la violación de un deber legal.

“No hay derecho sin la pertinente acción y si obra en cabeza del hijo la acción tendiente a obtener el emplazamiento filial correspondiente, la obligación de quien debe reconocerlo surge patente, importando la omisión de esa conducta un actuar ilícito”⁴.

El ilícito civil y el daño por la falta de reconocimiento del hijo, están dados por vulnerar el derecho que tiene toda persona de gozar de un estado de familia completo, esto es, de tener un vínculo filial tanto materno como paterno, y de las responsabilidades que ello acarrea. Lo están también por el hecho de que dicha negación vulnera la dignidad y el derecho a la identidad del afectado.

Yendo más lejos, negar la paternidad hasta provoca un detrimento económico, al crear una situación en la que el progenitor que se desentiende de su obligación priva al hijo del derecho a los alimentos y del derecho a heredarlo. Le puede ocasionar igualmente la pérdida de oportunidad de una mejor forma de vida y de otras posibilidades.

Es injusto que a una persona se la prive de tantos derechos y no se le otorgue la oportunidad de procurar una reparación.

La sangre no es agua. La existencia del nexo biológico implica responsabilidad jurídica, y quien por omisión elude su obligación de reconocer la filiación, viola el deber genérico de no dañar a otro –principio maravilloso del derecho expresado en latín como *alterum non laedere*-, y por ello asume responsabilidad por los daños que cause a quien tenía derecho a esperar el cumplimiento de ese deber jurídico.

⁴ CNCiv., Sala L 23B., O.N. c, ED, 162-244 con nota de Germán J. Bidart Campos; LL, 1995-E-12, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas.

Para tener derecho a exigir una indemnización basta que el perjuicio sea injusto; y a partir de tal calificación entenderse que es intolerable dejarlo sin reparación. Como opina la Dra. Matilde Zavala de González: “...son resarcibles los daños injustos, en el sentido de que una valoración jurídica rechaza que sean soportados por la víctima sin compensación” (Zavala de González, 2004).

¿Sufre daño un menor que carece de discernimiento?

Toda persona, aún siendo menor de edad, es susceptible de sufrir daño moral, constituyéndose en damnificado directo y está legitimada para su reclamo. Comúnmente es la madre en representación del hijo quien acciona persiguiendo, así como antes el reconocimiento del vínculo biológico, la reparación por el daño infligido al descendiente.

El niño, como todo ser humano, pese a ser considerado por la ley como un incapaz, es titular de derechos e intereses extrapatrimoniales desde su nacimiento y el que violare esos intereses tiene la obligación de resarcir.

El daño moral que causa el ser negado, en este caso por un progenitor, es reconocido hoy entre los daños –a la luz de los derechos humanos y la nueva concepción de la familia- que deben ser resarcidos por aplicación del principio de *alterum non laedere*, que ya fue mencionado más arriba.

Comparto la postura del Dr. Daniel Pizarro quien sostiene que la, en teoría, falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter lógicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, pero no hacen a su esencia.

Pensar que un niño no sufre, importa una paradigmática deshumanización del derecho, máxime, si tenemos en cuenta que los avances de la psicología han revelado la virtualidad nociva de estigmas físicos suscitados en los primeros meses de vida, que operan y subsisten a veces a lo largo de toda la existencia (Iribarne, 1993).

Tal como se sostiene que toda agresión a derechos personalísimos, indistintamente de que estos sean de contenido extramatrimonial o no, genera derecho al resarcimiento, y ante ello, merecen tutela preventiva, es inimaginable dejar indefensa a la persona frente a una agresión de tamaño magnitud que llega al punto que niega o desnaturaliza su verdad histórica. Dicha situación se configura al momento de negar la identidad a alguien, sin importar la edad que tenga la víctima.

La procedencia de la indemnización se demuestra con la falta de reconocimiento, sin importar que el negado sea aún menor de edad, e incluso sin que resulte relevante la falta de malicia o culpabilidad del progenitor, ya que la naturaleza de esta acción es evidentemente y únicamente resarcitoria.

No puede negarse a un menor su derecho a ser indemnizado por haber sido ninguneado por su padre y, por el fin que se persigue, carece de importancia detenerse a calificar si la actitud del demandado fue dolosa o culposa, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad.

Si bien el título de este trabajo alude al daño que se configura ante el hecho que un progenitor niegue voluntariamente una filiación que corresponde, lo que da a entender más bien la existencia de dolo, pretendo ahora referirme en forma más amplia al acto de negar en sí, aunque sea por error o negligencia.

Existen ya medios científicos para investigar el vínculo biológico en forma segura, en caso que realmente un padre tenga dudas. No acceder a usar dichos medios que se tienen a mano constituye una torpeza inexcusable.

El obrar antijurídico e imputable de quien desconoce a su hijo

La ley obliga a los padres a reconocer a sus hijos. No es una opción. Pero al mismo tiempo, la ley permite oponerse y defenderse ante una demanda de filiación.

Por ello es necesario determinar cuál es al final de cuentas el hecho o

la conducta antijurídica que, relacionado al no reconocimiento voluntario de la paternidad, genera la obligación legal de reparar el daño al que nos referimos.

Todo acto de reconocimiento constituye un acto voluntario y personalísimo, y como tal puede llegar a interpretarse que no configura una obligación jurídica exigible al progenitor que no la realiza. Pero esto no significa que se tenga derecho a no reconocer al hijo engendrado.

El Dr. Joaquín Llambías sostenía que si *"...la desaprobación legal surge limpiamente del ordenamiento jurídico, apreciado en su plenitud, es indudable que el acto es ilícito aunque falte un texto explícito que prohíba su realización"*.

Así, si nos encontramos ante un caso de simple omisión, la antijuridicidad sería difícil de probar, pero cuando con ello negamos el derecho humano a la identidad a una persona y la privamos de conocer sus verdaderos orígenes, la antijuridicidad de dicha omisión se vislumbra con claridad. La ley nos prohíbe negar y privar de derechos a sus legítimos titulares y además surge que en el caso de la filiación existen principios morales y éticos de conducta que son parte del espíritu mismo de la ley que es violada.

¿Puede un demandado ejercer su defensa negando su paternidad? Si puede, pero su motivación debe estar absolutamente fundada (v. gr. se encontraba fuera del país en el tiempo en que presumiblemente fue la concepción), y debe estar absolutamente seguro de no ser el progenitor. En caso contrario estamos frente a un simple negador de derechos, alguien que se encuentra cometiendo un ilícito civil, que debe ser obligado a resarcir.

En todos los casos constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso judicial de filiación, mediante la negativa infundada de facilitar o someterse a la realización de las pruebas biológicas para determinar la filiación.

En su Sentencia del 17 de enero de 1997, la Cámara de Familia de la

Sección del Centro de San Salvador, siguiendo el pensamiento del Dr. Zannoni, sostuvo que *"el daño moral consiste en cualquier perjuicio en la persona. Dolor, angustia, aflicción física o espiritual, humillación, desprecio, marginación."* A ello agrega la misma Cámara: *"No es indispensable que el autor del agravio moral, que también así se le llama al daño moral, haya obrado con dolo para obligarlo a reparar a la víctima; la consumación del hecho, basta que se produzca el daño."*

Un poco de jurisprudencia y doctrina

"Configura un daño moral indemnizable el no reconocimiento del menor por el padre que lo ha engendrado, ya que se le priva de una pertenencia que es reclamada agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica". (Cámara 1ra Civil y Comercial de San Nicolás, 22-1294, en Revista de Derecho privado y comunitario, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni).

"...el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral, futuro y cierto en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente, por lo que se constituye en un daño indemnizable". (Cámara Nacional Civil y Comercial de Junín, 22-995, en Revista de Derecho privado y comunitario, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni).

"...el hecho de que un niño no sea reconocido por uno de sus progenitores no libera a este de la responsabilidad que le incumbe por ley desde la concepción de aquel." (Acuerdo y Sentencia. Nº 673, 29/04/03, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Paraguay).

"El sistema de las tort immunities, tal como se configura en el Common Law tradicional, tiene como fundamento exclusivo el status familiar del causante del daño respecto del perjudicado. En su versión clásica, en la que la inmunidad es absoluta, la mera condición de cónyuge, padre o madre determina la exención de responsabilidad, prescindiendo de cualquier otra circunstancia, como la intencionalidad de la conducta dañosa, la naturaleza de la actividad en el curso de la cual se producen los daños o la tipología de

éstos. Esta forma de inmunidad es una regla simple de administrar judicialmente pero muy rudimentaria, propia de un derecho de daños poco depurado. Históricamente, se corresponde con una ideología patriarcal de la familia, basada en relaciones de poder y sumisión entre sus miembros, que el derecho reafirma bajo la pretensión de preservar la paz y la privacidad familiar...” (Josep Ferrer Riba: *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, España, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, 2001).

“Corresponde hacer lugar a la reparación del daño moral provocado a un menor por la actitud reticente de su padre de reconocer su paternidad, máxime si se ha demostrado por pericia psicológica que ya aparecen en el niño señales de tristeza que la situación le provoca.” (R.E.N. y otro c/M.H.E. s/Filiación, 19/10/89, C. 041325, Cámara Civil Sala F, Argentina).

“...si la propia Constitución estatuye la responsabilidad de los progenitores respecto a la asistencia de los hijos en común (art. 53) y penaliza el incumplimiento de los deberes..., no encuentro ninguna razón que se oponga a la viabilidad de que el progenitor renuente al reconocimiento de sus hijos sea coercitivamente obligado a compensar económicamente.”. (Voto del Dr. Silvio Rodríguez en el Acuerdo. y Sentencia. Nº 22, del 16 de abril de 1.999, “M.F.C. del P. s/ Reconocimiento de filiación”, Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay).

“La filiación y el apellido como atributos de la personalidad no pueden ser desconocidos legalmente; y atento a que jurídicamente se requiere la concordancia entre el vínculo biológico y el jurídico, quien elude voluntariamente dichas obligaciones es responsable por el daño ocasionado a quien debía ser emplazado en el respectivo estado de familia y resulta perjudicado ante la omisión del espontáneo reconocimiento.” (Cam. Apel. Concordia, Sala Civ. y Com. - A., D. M. y otros v. M. T. – 08/11/1996, Argentina).

“A que el derecho a la identidad es el derecho subjetivo a la verdad personal, comprensivo del derecho a la verdad de origen, a juicio de esta Corte la preservación de la identidad es suprema y su restricción conlleva la supresión de derechos familiares, con relación a los padres que no la han

establecido. Si bien es cierto que en el caso de la especie se ha producido la inscripción de nacimiento del niño _____ por parte de su madre y en consecuencia se ha dotado de la filiación materna conocida, no obstante, esto no es suficiente, debido a que la identidad desde la perspectiva del origen de la persona, viene dada con el establecimiento de la filiación paterna y materna y al no encontrarse establecida la filiación paterna del citado niño su identidad no se encuentra totalmente configurada. A que además el derecho a la identidad está íntimamente ligado al derecho a la dignidad personal.” (Expediente No. 447-2007-00310, Sentencia No. 127/2007, Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, Republica Dominicana).

“...en mi criterio, el daño moral es una sanción impuesta al padre que, por no reconocer voluntariamente al hijo, obliga a éste seguir el juicio de reconocimiento, con el consecuente daño causado por su negativa.” (Julio Enrique Acosta Baires: “Algunas líneas sobre el daño moral en nuestra legislación familiar, en Revista del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador).

“De esta manera, si el hijo extramatrimonial no se encontrase reconocido, debe reclamar judicialmente su filiación paterna. Hasta la expedición de la Ley 28457, esta pretensión se tramitaba ante los Juzgados de Familia en la vía del proceso de conocimiento, que es el más lato de todos y que muchas veces se dilataba aún más por causa de articulaciones indebidas promovidas por el emplazado, afectando ello de modo ostensible la decisión judicial oportuna, en tanto el Derecho Humano a la Identidad del Niño se mantenía conculcado. Esta situación, como sabemos, representa un grave menoscabo para el adecuado desarrollo bio-psico-social del niño y adolescente.

Indica la autora también que el último dato que tenía del Perú sobre paternidad ausente (hijos no reconocidos) para 1970 era del 40%; comenta luego acerca de los múltiples problemas de socialización que aquellos hijos presentan, daños que según refiere no solo se infringen a la persona del hijo no reconocido, sino que los daños producidos por el abandono paterno repercuten en la sociedad.” (María Elena Coello García: “La evidencia

biológica de ADN y el derecho humano a la identidad de los niños y adolescentes”, en *Revista Jueces para la Democracia*, Perú, 2008).

“El carácter voluntario del reconocimiento no lo convierte en un acto de arbitrariedad, ni lo desliga de principios fundamentales de derecho como el de no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo, bases del ordenamiento jurídico positivo... La negativa infundada al reconocimiento del hijo provoca en éste un agravio moral que debe ser resarcido.” (Corte Sup. Bs. As., 28/04/1998, P., M. D. v. A., E., Argentina).

“Si bien el reconocimiento de hijo es un acto de carácter voluntario y unilateral, la negativa infundada del padre configura un hecho ilícito que hace surgir su responsabilidad civil frente al menor, máxime si también ha mediado obstrucción maliciosa del proceso mediante la negativa injustificada a la realización de las pruebas biológicas, todo lo cual genera un agravio moral futuro en el niño no reconocido debido a la actitud paterna renuente, el que se tiene por acreditado con la sola comisión del hecho antijurídico.” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I • 16/09/2003 • L., M. S. c. R., G. • ED 207, 354, con nota de Osvaldo Onofre Álvarez; LLBA 2004, 748, Argentina).

“Procede la reparación del daño moral causado al hijo por la falta de reconocimiento espontáneo del padre por cuanto la negativa a reconocer se traduce en un menoscabo que se confunde con la existencia de la persona, porque impide al hijo el ejercicio y goce de los derechos inherentes al estado de familia que le corresponde.” (C. Nac. Civ., Sala F, 17/07/2006, R., A. C. v. M., A. R., Argentina).

“A que en el ámbito americano la Convención Americana de Derechos Humanos (ratificada por nuestro país), en su artículo 3 prevé que: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Este derecho comprende, en el caso de los niños, el derecho a ser inscriptos inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre y una nacionalidad desde que nacen y a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, quedando limitada la personalidad al no establecerse la filiación paterna biológica, debido a que se limitan la capacidad de ejercicio de acciones con

relación al progenitor que no ha establecido el vínculo filial.” (Expediente No. 447-2007-00310, Sentencia No. 127/2007, Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, República Dominicana).

“La indemnización por daño moral, aunque quiera reparar la aflicción sufrida en el plano de la más alta significación humana, no puede prescindir del examen de elementos objetivos así, entre otros, deberán examinarse: la edad del hijo; las condiciones personales, la situación familiar y la relación social de la víctima; la tranquilidad y la paz perturbados como signos de convivencia, toda vez que los sentimientos son relaciones personales subjetivas, únicas y autónomas.” (Sentencia de Familia, ref. 1216, Cam. Fam. San Salvador, 18 de Diciembre de 2001, El Salvador).

“Fundamentos del Dr. Polak: Quien no reconoció a su hijo espontánea y voluntariamente hasta que fuera demandado por filiación, debe resarcir al menor por el daño que le ha causado su actitud voluntaria y deliberada, y ninguna importancia tiene determinar si tal conducta puede calificarse de dolosa o culpable, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad.” (Cámara Civil, Sala L, C. L047688, PASCUAL B., O.N. c/M., O.O. s/filiación, 23/12/94, Argentina).

“El daño moral producido por la negación u omisión del reconocimiento y establecimiento de la filiación paterna y su relación con el daño producido, no necesita prueba, al constatarse que nos encontramos con un daño directo, cuya acreditación resulta imposible por no encontrarnos en presencia del clásico daño de tipo material.

Es la sola negativa al reconocimiento del hijo propio lo que da por acreditado el perjuicio al menor. Se ha sostenido que no se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva per se. De hecho la idea de responsabilidad objetivo autónoma o independiente de una faceta subjetiva ha sido descartada respecto a la valoración de ciertas conductas, sobre todo relativas al actuar de los funcionarios públicos en El Salvador. Parece entonces que la tendencia es hacia la erradicación de la existencia de una culpa objetiva, en sentido estricto. A este respecto véase: Hernández Valiente, René (Coordinador); Rodríguez Meléndez, Roberto; Benítez Giralt,

Rafael (Compiladores; "Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional", 1º edición, proyecto el fortalecimiento de la justicia y la cultura constitucional (Unión Europea), San Salvador, enero, 2000, p.83-85., si no más bien de responsabilidad subjetiva, es decir de intencionalidad en el no-reconocimiento, pudiéndose incorporar a quien no contribuyere a despejar las dudas razonables que se pudiesen albergar." (Raúl Eduardo Miranda Luna y Roberto Enrique Rodríguez Meléndez: "Bioética y Derecho de Familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad", en Revista Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador).

"Los artículos 7 y 8 de la Convención se refieren explícitamente al Derecho de Identidad. En ellos se tratan temas tales como la inscripción, el nombre, la nacionalidad y la preservación de la identidad." Además hace suyas, las palabras de Bracciaforte Apfelbaum, fijadas en su obra "el Derecho a la Identidad: un Derecho Inalienable", al expresar que "El Derecho a la identidad es un derecho humano esencial, es el interés existencial que tiene cada persona de no ver alterada, desnaturalizada, o negada la proyección externa o social de su personalidad. (...) Que no se discuta, distorsione, recorte o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto, integrado por una multiplicidad de variados aspectos como son, entre otros: la identidad de origen, la identidad familiar, intelectual, política, religiosa, social y profesional de cada persona..." (Ponencia del Director General del Instituto Interamericano del Niño, Lic. Alejandro Bonasso, en ocasión del Seminario Permanente de Educación en Derechos Humanos, 20 de junio de 2001).

"Todo niño o niña tiene el derecho a saber quiénes son sus padres. Se desprende así la obligación de los progenitores de reconocer a sus hijos. De no hacerlo, y si luego se comprueba la paternidad, además de las obligaciones que adquiere el supuesto padre o madre (dar apellido, pensión, y derecho sucesorio), podría tener que encarar una causa por daños y perjuicios. "Desde el momento que se inicia un juicio de paternidad, comienza a correr el derecho del hijo a la pensión alimenticia. Si el supuesto padre no comparece, una y otra vez, justamente para ganar tiempo y no pagar la pensión alimenticia, podría estar incurriendo en un delito civil. El tiene el deber

de reconocer a su hijo, por lo tanto podría demandárselo por daños y perjuicios." (Dr. Raúl Antúnez, Director de la Defensoría de Familia, El País Digital, 19 de octubre de 2006. Uruguay).

"Como conclusión diremos que es la obligación moral y ética de la persona en reconocer aquellos hijos que procrea fuera del matrimonio, debe hacerse responsable de sus actos, por que traer a una criatura al mundo es una gran responsabilidad, no hacerlo no sólo conlleva acciones legales, sino que esa criatura sufrirá traumas y problemas psicológicos, que repercutirá en su vida familiar y laboral" (El reconocimiento y la filiación extramatrimonial, ensayo del Dr. César Romero Castellanos, 01 de abril de 2009, Perú).

Conclusión

Evidentemente sería un absurdo sostener que lo aquí expuesto es la única postura doctrinaria y jurídica válida. Lo presentado sirve para dar una pequeña pincelada del tema y quizás para despertar en otros el interés al respecto.

Mucha agua deberá correr aun sobre este tópico que ha generado y está generando enormes discusiones doctrinarias por parte de grandes juristas. No existe unanimidad de criterios y opiniones, pero debemos reconocer –al menos en lo que refiere a la jurisprudencia occidental- que la figura del derecho a ser indemnizado ante el daño provocado por el desconocimiento de la filiación está ganando terreno y adeptos desde hace más de treinta años y que la familia ya no es, y nunca debió ser, un círculo cerrado que otorgue inmunidad a aquel integrante de la misma que abuse del derecho y dañe sus demás componentes.

BIBLIOGRAFIA

Azpiri, J. O. (2003). *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Bossert, G. A., y Zannoni, E. A. (1986). *Régimen legal de filiación y patria potestad - Ley 23.264*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- De Santo, V. (2003). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía*. 2ª ed. Buenos Aires: Edit. Universidad.
- Dutto, R. J. (2006). *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *El derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Ferrer Riba, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 4. Recuperado de www.indret.com.
- Iribarne, H. P. (1993). *De los daños a las personas*. Buenos Aires. Edit. Ediar: 1993.
- Llambías, J. J. (2006). *Tratado de derecho civil: Obligaciones*. 5ª ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot. t.3.
- López del Carril, J. J. (1976). *La filiación*. Buenos Aires: Ed. AIKH.
- Medina, G. (2002). *Daños en el derecho de familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Méndez Costa, M. J. (1986). *La filiación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Méndez Costa, M. J, D'Antonio, D. H. (1996). *Derecho de familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores. t. 3.
- Méndez Costa, M. J. (1997). *Visión jurisprudencial de la filiación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Martínez Simón, A. (2010). Algunos casos de daños derivados del derecho de familia. *Gaceta Judicial*, 4, 29-50.
- Miranda Luna, R. E., y Rodríguez Meléndez, R. E. Bioética y derecho de familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad. *Revista*

del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Moreno Ruffinelli, J. A. (2005). *Derecho de familia*. Asunción: Intercontinental Editora. t 2.

Ossorio, M. (1991). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 21^a. ed. Buenos Aires: Edit. Heliasta.

Pizarro, R. D. (2004). *Daño moral: Prevención reparación punición*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Sambrizzi, E. A. (2001). *Daños en el derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Sapena, J. (2000). *Jurisprudencia constitucional*. Asunción: Intercontinental Editora.

Zavala de González, M. (2004). *Actuaciones por daños*. Buenos Aires: Edit. Hammurabi.