UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA

FACULTAD DE DERECHO

Escuela de Posgrados

Daños provocados por omisión en el reconocimiento de hijos biológicos

Autora:

Laura Stefania Vittori Maciera

Montevideo

Febrero 2026

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA

FACULTAD DE DERECHO

Escuela de Posgrados

Daños provocados por omisión en el reconocimiento de hijos biológicos

Tesis presentada con el objetivo de obtención del título académico de Magíster en Derecho. Orientación: Derecho de Daños

Autora:

Laura Stefania Vittori Maciera

Tutor:

Dr. Andrés Mariño López

Profesor Titular - Grado 5- Catedrático de Derecho Civil

Coordinador Académico de la Maestría en Derecho (orientación Derecho de Daños)

Montevideo

Febrero 2026

A Olivia y Piera, mis hijas, cuya llegada fue la tan necesaria inspiración para dar impulso a mis estudios de Maestría. Este esfuerzo es tan suyo como mío porque el tiempo invertido les pertenecía más a ustedes que a mí.

A Ana y Mario, mis padres, quienes me enseñaron que el esfuerzo y la educación son caminos de crecimiento.

A Libia, mi adorada abuela, a quien aún tengo siempre presente, tu ejemplo de inquebrantable voluntad y superación marcó para siempre a las futuras generaciones de esta familia. Espero honrar tu memoria.

Agradecimientos

A los docentes de la Maestría por compartir su conocimiento, alentar el pensamiento crítico y la investigación en sus alumnos.

Especialmente, agradezco al tutor de esta Tesis, Andrés Mariño, por ser ejemplo de excelencia académica, así como por su apoyo y colaboración esenciales en el desarrollo de este estudio.

A Eduardo Cavalli y Verónica Scavone, por motivarme a escribir, a pesar de que pasaron ya algunos años.

Resumen

El presente estudio analiza la responsabilidad por daños derivada de la omisión del reconocimiento de los hijos biológicos en el Derecho uruguayo, desde la perspectiva del Derecho de Daños y en el marco de su función indemnizatoria.

El trabajo tiene por objeto determinar cómo se conjugan los principios y elementos de la responsabilidad civil en las hipótesis de daños causados por el incumplimiento de la obligación legal de los progenitores de reconocer a sus hijos.

La investigación se desarrolla mediante una metodología dogmático-jurídica, basada en el análisis de la normativa aplicable, así como en un estudio crítico de las posturas expuestas por doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada, tras una recopilación exhastiva.

Mediante el estudio pormenorizado de la hipótesis dañosa, se examina la configuración de los diversos elementos de la responsabilidad civil, así como posibles causas que excluyen la responsabilidad del progenitor incumplidor.

Se concluye que la omisión del reconocimiento consiste en el incumplimiento de una obligación de origen legal que puede generar responsabilidad del progenitor por diversos daños causados al hijo y se delimitan criterios para la determinación de su indemnización.

Palabras Clave:

Derecho de Daños – Filiación extramatrimonial – Omisión de reconocimiento – Incumplimiento de obligación legal

Abstract

This study examines liability for damages arising from the failure to recognize a biological child under Uruguayan law, from the perspective of Tort Law and within the framework of its compensatory function.

The purpose of this work is to determine how the principles and elements of contemporary Tort Law are articulated in cases of damage caused by the breach of the legal obligation of parents to recognize their children.

The research is conducted using a doctrinal methodology, based on the analysis of the legal framework, as well as a critical examination of the positions adopted by legal scholarship and case law, both domestic and comparative, following an exhaustive review.

Through a detailed study of the specifics, the configuration of the various elements of civil liability is examined, as well as the possible grounds that may preclude the liability of the parent.

It is concluded that the failure to recognize a child constitutes a breach of a legally imposed obligation that may give rise to parental liability for the various damages caused to the child, and parameters for determining the corresponding compensation are also identified.

Keywords:

Tort law – Extramarital filiation – Failure to recognize a child – Breach of a legal obligation – Civil liability

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN ..... - 14 -

I. PRESENTACIÓN ..... - 14 -

I. OBJETIVOS ..... - 15 -

II. METODOLOGÍA ..... - 16 -

III. MARCO TEÓRICO ..... - 17 -

CAPÍTULO I ..... - 21 -

ANTIJURIDICIDAD ..... - 21 -

I. INTRODUCCIÓN ..... - 21 -

IV. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO DE DAÑOS ..... - 21 -

V. LA ANTIJURIDICIDAD EN LOS DAÑOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE FAMILIA ..... - 29 -

VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER A LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES ..... - 33 -

1. Emplazamiento en la calidad de hijo extramatrimonial ..... - 33 -

2. La omisión de reconocer como hecho ilícito ..... - 35 -

3. Marco normativo ..... - 37 -

a. Normas supranacionales ..... - 38 -

b. Disposiciones constitucionales ..... - 40 -

c. Disposiciones legales vigentes ..... - 41 -

VII. LA OMISIÓN DE RECONOCER COMO HECHO DAÑOSO ..... - 43 -

VIII. CONFIGURACIÓN DEL HECHO ILÍCITO ..... - 46 -

IX. LÍMITE TEMPORAL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER ..... - 51 -

X. La investigación de la paternidad No es un requisito de procedencia de la pretensión indemnizatoria .. - 55 -

XI. Otros ilícitos conexos ..... - 59 -

1. Deberes de protección y cuidado ..... - 60 -

2. Deber de conferir afecto ..... - 62 -

3. Abuso de las vías procesales ..... - 63 -

CAPITULO III ..... - 68 -

FACTOR DE ATRIBUCIÓN ..... - 68 -

I. Introducción. ..... - 68 -

II. El factor de atribución en el Derecho de Daños y su influencia en la responsabilidad civil por Daños originados en las relaciones de familia ..... - 68 -

1. La tendencia hacia la objetivización del factor de atribución ..... - 68 -

2. El rechazo de esta tendencia hacia la objetivización en los Daños originados en el marco de las relaciones de familia ..... - 70 -

3. El factor de atribución en los Daños ocasionados por la omisión paterna en reconocer a sus hijos.. - 73 -

III. Reflexiones sobre la culpa y dolo como factores de atribución en los daños ocasionados en las relaciones de familia ..... - 77 -

1. La culpa ..... - 77 -

2. El dolo ..... - 85 -

IV. El factor de atribución en el daño causado por el incumplimiento de los progenitores en reconocer a sus hijos ..... - 88 -

3. Conocimiento e incumplimiento voluntario ..... - 89 -

4. Determinación del conocimiento de la paternidad ..... - 91 -

5. Configuración del factor de atribución ..... - 100 -

V. La culpa como factor de atribución en el daño causado por la omisión de los progenitores en reconocer a sus hijos. ..... - 102 -

VI. El dolo como factor de atribución en el daño causado por la omisión de los progenitores en reconocer a sus hijos. ..... - 112 -

CAPÍTULO IV ..... - 118 -

RELACIÓN DE CAUSALIDAD ..... - 118 -

I. Introducción ..... - 118 -

II. La causalidad en el derecho uruguayo ..... - 118 -

1. Definición ..... - 118 -

2. La Teoría más admitida en el sistema jurídico uruguayo: la causalidad adecuada ..... - 122 -

III. El nexo causal en hipótesis de daños provocados por omisión ..... - 125 -

IV. El nexo causal en los daños provocados por la omisión en reconocer a los hijos biológicos ..... - 129 -

V. Pluralidad Causal ..... - 133 -

1. Causalidad conjunta o común ..... - 134 -

CAPÍTULO VI ..... - 141 -

LEGITIMACIÓN DEL PROGENITOR RECONOCIENTE ..... - 141 -

I. Introducción ..... - 141 -

II. Legitimación pasiva: el progenitor reconociente como agente del daño ..... - 142 -

1. Marco normativo ..... - 142 -

a. Ocultamiento de la paternidad ..... - 143 -

i. La antijuricidad en el ocultamiento de la paternidad ..... - 143 -

ii. Factor de atribución en el ocultamiento de la paternidad. ..... - 148 -

b. Omisión o demora en informar fehacientemente o iniciar acciones judiciales ..... - 149 -

iii. Antijuridicidad de la conducta en la omisión o demora en informar o iniciar las acciones de investigación de la filiación. ..... - 150 -

iv. Incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad ..... - 151 -

v. Deber genérico de no dañar y/o de morigerar el daño- ..... - 154 -

vi. El factor de atribución en la omisión o demora en informar o iniciar las acciones de investigación de la filiación. ..... - 161 -

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA: EL PROGENITOR RECONOCIENTE VÍCTIMA DEL DAÑO. ..... - 165 -

2. Antijuridicidad de la conducta paterna con respecto a la progenitora ..... - 166 -

3. El Daño causado a la progenitora ..... - 170 -

a. Daño patrimonial ..... - 170 -

b. Daño extrapatrimonial ..... - 172 -

4. Otro ilícito conexo: Violación al derecho al honor ..... - 178 -

5. Asunción del riesgo ..... - 180 -

IV. OTRA HIPÓTESIS DAÑOSA PARTICULAR: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL ..... - 181 -

CAPÍTULO VII ..... - 184 -

EL DAÑO ..... - 184 -

I. INTRODUCCIÓN ..... - 184 -

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL DAÑO RESARCIBLE ..... - 184 -

1. Definición de daño resarcible ..... - 184 -

2. Características del daño resarcible ..... - 189 -

3. Principio de reparación integral del daño ..... - 190 -

III. DAÑO PATRIMONIAL O EXTRAPATRIMONIAL ..... - 191 -

IV. DAÑO PATRIMONIAL ..... - 194 -

V. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL ..... - 196 -

1. Daño al Derecho a la identidad ..... - 197 -

2. Daño al derecho a la filiación jurídica ..... - 201 -

3. Daño al derecho a pertenecer a una familia ..... - 203 -

4. Daño emocional ..... - 204 -

5. Daño existencial ..... - 208 -

6. Daño al proyecto de vida. ..... - 213 -

VI. PRESUNCIÓN DE ACAECIMIENTO DEL DAÑO MORAL Y SU CUANTÍA ..... - 224 -

VII. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL ..... - 229 -

1. Precedentes jurisprudenciales ..... - 233 -

2. Criterios objetivos ..... - 237 -

a. Tiempo ..... - 237 -

b. Reducción del daño indemnizable por la omisión materna en iniciar las acciones de investigación. ... - 238 -

c. Edad del hijo al momento del emplazamiento ..... - 239 -

d. entidad del daño emocional ..... - 242 -

e. Cumplimiento de los deberes de cuidado – trato de hijo ..... - 243 -

f. Pietat familiae ..... - 244 -

g. Conducta del progenitor omiso ..... - 246 -

VIII. PÉRDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD ..... - 248 -

CAPÍTULO VIII ..... - 258 -

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ..... - 258 -

I. INTRODUCCIÓN ..... - 258 -

II. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD DE LA CONDUCTA DEL PROGENITOR ..... - 259 -

3. Emplazamiento en calidad de hijo de otra persona – distinta del padre biológico ..... - 259 -

4. Prohibición legal de reconocer a los hijos habidos fuera del matrimonio ..... - 264 -

5. Consecuencias de las causas de justificación ..... - 266 -

III. CAUSA EXTRAÑA NO IMPUTABLE ..... - 270 -

1. Caso fortuito ..... - 274 -

2. Hecho de la víctima ..... - 275 -

3. Hecho del tercero ..... - 277 -

IV. LA AUSENCIA DE VOLUNTAD EN EL INCUMPLIMIENTO ..... - 284 -

CONSIDERACIONES FINALES ..... - 288 -

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ..... - 331 -

ANEXO I ..... - 348 -

RELACIONADO DE SENTENCIAS ..... - 348 -

CUADRO DE ABREVIATURAS

Art. – artículo

BJN – Base Jurisprudencia Nacional

CC – Código Civil

CGP – Código General del Proceso

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

CNA – Código de la Niñez y la Adolescencia

CP – Código Penal

Et. al. - et alii – y otros

Jdo. Ldo. – Juzgado Letrado

LJU – La justicia Uruguaya

P. - Página

PP. – Páginas

SCJ – Suprema Corte de Justicia

Sent. - Sentencia

SS. – Siguientes

TAF .- Tribunal de Apelaciones de Familia

I. PRESENTACIÓN

El presente estudio tiene por objetivo realizar un análisis completo y crítico sobre los daños provocados por omisión en el reconocimiento de hijos biológicos, en el marco de la función indemnizatoria del Derecho de Daños.

La pregunta de investigación planteada a tales efectos es : ¿cómo se conjugan los principios y elementos de la responsabilidad civil en el marco de aquéllas hipótesis de daños causados por el incumplimiento de la obligación legal de los progenitores de reconocer a sus hijos?

A fin de dar respuesta a la pregunta de investigación y de dar cumplimiento al objetivo planteado, el presente trabajo de investigación se estructura por capítulos en base a cada uno los diversos requisitos para la procedencia de la indemnización del daño en la responsabilidad civil. En cada capítulo se analiza el requisito aplicado al tema del presente estudio: la responsabilidad parental por los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación legal de reconocer a sus hijos.

A los efectos del presente trabajo se parte de la base de la admisión de la aplicación de las normas de responsabilidad civil a los daños causados en las relaciones de familia, por ser unánimemente admitido tanto en doctrina como por la jurisprudencia nacional.

Se aclara que en el transcurso del presente estudio se utiliza la referencia a “la progenitora” y a “progenitor reconociente” de forma indistinta, por ser la hipótesis más habitual que el progenitor varón sea quien incumpla su deber de reconocer. Las consideraciones vertidas son por completo trasladables al caso de que sea la progenitora quien omite dar cumplimiento a su obligación de reconocer, en caso de corresponder alguna salvedad es realizada en el desarrollo del estudio.

Asimismo, se aclara que en el marco del presente trabajo solo se analiza la función reparatoria del derecho de daños, omitiendo el análisis desde los

postulados de su función preventiva, que constituyen sus dos funciones básicas y subsistemas.

Por último, sin perjuicio del análisis que se realizará, se utilizará en forma indistinta la denominación “obligación” y “deber” para referirse a la situación pasiva en la que se encuentra el progenitor. Esta última denominación es la que se encuentra prevista en los textos normativos y, a su vez, es la más utilizada en doctrina como en jurisprudencia, y resulta parcialmente correcta dado que la obligación es, en definitiva, un deber jurídico específico.

I. OBJETIVOS

Como objetivo principal el presente estudio pretende alcanzar una hipótesis de respuesta a la pregunta de investigación.

El propósito fundamental es que la respuesta obtenida permita dar una solución de carácter armónico con los nuevos paradigmas del Derecho de Daños y del Derecho de Familia a esta hipótesis dañosa.

En materia de Derecho de Daños se ha dado un cambio de eje en la actualidad, ya no gira en torno al causante de los daños y su conducta -como centro de la responsabilidad civil- sino de la víctima, esto es, quien padece un menoscabo en los intereses que configuran su esfera jurídica.

Por su parte, el Derecho de familia también ha evolucionado eliminando el sesgo negativo con que se percibía a los hijos naturales o extramatrimoniales, reconociéndose a los mismos y a la familia extramatrimonial en un plano de igualdad con la familia matrimonial, a pesar de la pervivencia de resabios discriminativos .

A su vez, el cambio en la percepción de la familia como institución ha permitido la aplicación del Derecho de Daños a los daños causados en el marco de las relaciones intrafamiliares.

A efectos de arribar a los objetivos planteados, se realiza un análisis pormenorizado y fundado no solo en la normativa vigente, sino también en la opinión de doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera.

Se efectúa un estudio crítico y exhaustivo de la aplicación de la función reparatoria del Derecho de Daños a las hipótesis de daños causados por el incumplimiento de los progenitores de su obligación legal de reconocer a sus hijos.

La presente investigación pretende realizar un aporte sustancial y completo mediante un análisis crítico de las particularidades que presentan las hipótesis de daños causados por los progenitores por su omisión en el reconocimiento de sus hijos.

Por último, este estudio tiene por objetivo contribuir al análisis de la aplicación del Derecho de daños a las relaciones de familia y puntualmente estudiar el tema desde la perspectiva de las nuevas posturas del Derecho de Daños.

II. METODOLOGÍA

A efectos de dar respuesta a la pregunta de investigación se recurrió a la metodología que se expone a continuación.

Se delimitó el marco normativo mediante un relevamiento y análisis de la normativa aplicable a la hipótesis dañosa en estudio.

Se recopiló de forma exhaustiva estudios de doctrina, tanto nacional como extranjera, sobre la responsabilidad por daños provocados en el marco de las relaciones de familia y específicamente por el incumplimiento de la obligación legal en reconocer a los hijos.

Se relevó jurisprudencia sobre el tema, tanto nacional como extranjera -fundamentalmente argentina-, incluyendo algunos fallos de interés dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se realizó un estudio y análisis crítico de las posturas propugnadas por la doctrina y jurisprudencia, a la luz de los postulados actuales en materia de derecho de daños.

Mediante la metodología descrita se arribó a enunciados dogmáticos a modo de conclusiones fundamentadas y comprobadas.

III. MARCO TEÓRICO

Con respecto al marco teórico se realizan las siguientes precisiones.

Se ha definido al marco teórico como el lugar desde el cual se analizará el problema y se buscará la respuesta a la pregunta de investigación (Sarlo, 2006, pp. 181). Dado que el presente estudio consiste en un análisis jurídico dogmático resulta fundamental para el marco teórico delimitar el marco normativo aplicable a la hipótesis en estudio.

En primer lugar, se parte de las disposiciones que integran el subsistema del Derecho de Familia, porque el daño es ocasionado por el incumplimiento de una obligación de los progenitores creada por ley en el ámbito de las relaciones familiares. También pertenecen a este marco jurídico -dado por el Derecho de Familia- los derechos subjetivos e intereses legítimos de los cuales es titular el hijo no reconocido, que resultan vulnerados al incumplir el progenitor sus obligaciones.

En segundo lugar, la consecuencia de tal incumplimiento, que es en concreto el objeto de este estudio, debe analizarse conforme a los postulados y normativa perteneciente al derecho de daños.

Por consiguiente, se realiza la investigación sobre la base de la interrelación entre los subsistemas del Derecho de Familia y del Derecho de Daños, con el fin de arribar a conclusiones sólidas sobre el objeto investigativo.

Cabe destacar que dentro del subsistema del Derecho de Daños conviven el subsistema de la responsabilidad extracontractual y de responsabilidad contractual u obligacional.

Conforme se ahondará en el capítulo respectivo, el evento dañoso en estudio lo constituye el incumplimiento de una obligación de fuente legal, por lo que corresponde la aplicación del marco normativo que regula la responsabilidad contractual, configurado por los arts. 1342 y ss. En tanto la responsabilidad contractual abarca la responsabilidad por daños ocasionados por el incumplimiento de obligaciones de cualquier origen, sea contractual o legal.

No puede soslayarse que la postura claramente dominante, tanto en doctrina como en jurisprudencia, enmarca a la responsabilidad paterna en las disposiciones de responsabilidad extracontractual. A modo de ejemplo en este sentido se pronuncian Ordoqui (2012, p. 423), Legnani (2017, p. 2; y 2019, p. 1197), Rivero y Ramos (2014, pp. 83 y 84), Carnelli (2009); así como el TAF de 2do Turno en Sentencias No. 45/005 (de fecha 30/03/2005) y No. 115/2006 (de fecha 3 de mayo de 2006). Sin embargo, efectuando un análisis desde la teoría de la obligación debe asumirse una opinión antagónica, conforme lo hacen Gamarra (1996, p. 9), Caffera (2018, pp. 73 y 74) y Mariño (2018b). Esta última postura es sobre la cual se erige el presente estudio.

Es irrefutable que el progenitor se encuentra en una situación jurídica pasiva, pero no se trata de un deber genérico, por cuanto el sujeto activo no es indeterminado. La obligación es un deber jurídico específico que se tiene frente a un sujeto activo determinado, concreto y específico, que en el objeto del presente estudio es el hijo que ha engendrado. Éste último es quien ostenta la situación jurídica activa -el derecho personal o subjetivo - correspondiente a la situación jurídica pasiva del progenitor.

En cuanto al origen de las obligaciones el mismo se encuentra previsto en el art.1246 del Código Civil, con expresa referencia al origen legal y concretamente en materia de relaciones de familia.

Mariño afirma que la obligación surge de normas particulares, con efectos entre determinados sujetos, que emanan del contrato o la ley; en cambio, el deber genérico emerge de normas generales, con efectos sobre todos los sujetos, que solo puede surgir de la ley (Mariño, 2018b, p. 8).

El citado autor concluye que *" el hecho dañoso en la responsabilidad contractual es el incumplimiento material u objetivo (falta de cumplimiento) de cualquier obligación sea cual sea su origen (legal, contractual, etc.) (art. 1342 CC)"* por cuanto la relación obligacional de origen legal tiene similar estructura y función a la contractual (Mariño, 2018b, p. 35).

Por su parte, Gamarra sostiene que *"la responsabilidad contractual se genera por el incumplimiento de una obligación (…) las normas sobre daños y perjuicios (art. 1341 y siguientes) son de aplicación en materia de responsabilidad emergente de los cuasicontratos o de las obligaciones legales"* y más adelante concluye *"la responsabilidad contractual es aquella que proviene del incumplimiento de cualquier obligación, aunque no tenga por fuente el contrato"* (1996, pp. 9).

Acorde a lo expuesto y conforme lo entiende Mariño la responsabilidad extracontractual rige en los supuestos de daños entre sujetos que no se encuentran vinculados por una relación obligacional legal o contractual. La distinción radica en el hecho dañante: el incumplimiento de la obligación del deudor o el hecho dañoso (2018b, p. 35).

Por su parte, Caffera refuta la postura de Carnelli argumentando que cuando el art. 1246 del CC incluye a la ley como fuente de obligaciones quiere decir que *"hay otros supuestos de hecho contemplados en la ley como creadores de obligaciones (…) la fuente de obligaciones será ese hecho contemplado por alguna ley, no la ley en sí misma actuando directamente".* Posteriormente, el citado autor refiere a modo de ejemplo tanto los hechos generadores de obligaciones tributarias como las relaciones de familia que obligan a servir alimentos o a sostener el hogar conyugal (2018, pp. 73 y 74).

En suma, en la hipótesis en estudio, la obligación parental de reconocimiento tiene expresa consagración legal, raigambre constitucional y supranacional, por cuanto constituye la contracara del derecho subjetivo del hijo a la identidad y a la filiación. Pero el supuesto de hecho que da origen a la obligación es la concepción del hijo, evidenciada en el vínculo biológico que lo une al progenitor.

En consecuencia, se trata de una obligación de origen legal, cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad por los daños que irrogare, en el marco de la responsabilidad contractual dado por los artículos 1342 y ss. del CC .

CAPÍTULO I

Antijuridicidad

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se analiza la antijuridicidad de la inercia paterna al omitir reconocer a su hijo, emplazándolo en el estado civil que le corresponde acorde a su vínculo biológico.

Para ello, en primer lugar, se define el marco normativo en el cual se inscribe la conducta paterna, esto es, la antijuridicidad de su conducta. Si bien existen casos de responsabilidad por daños causados por hecho lícito, en la hipótesis en estudio la conducta inerte del progenitor constituye un incumplimiento de una obligación creada por una previsión legal que le impone reconocer a su hijo biológico.

En segundo lugar, una vez definido que recae sobre el progenitor una obligación de fuente legal, debe determinarse cuando la misma es incumplida. Es decir, evaluar la configuración del incumplimiento.

Una vez determinado el incumplimiento se aplica la normativa correspondiente a la responsabilidad civil por los daños que el mismo provocare.

IV. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO DE DAÑOS

Para iniciar el análisis, resulta pertinente detenerse en la concepción de antijuridicidad en el Derecho de Daños.

Si bien el presente estudio se desarrolla dentro del marco de la responsabilidad contractual u obligacional, es fundamental profundizar en la antijuridicidad como elemento central del Derecho de Daños, abarcando tanto la responsabilidad contractual como aquiliana. Esto no solo responde a la necesidad de evaluar la hipótesis dañosa desde la perspectiva del Derecho de Daños, conforme a los objetivos de esta investigación, sino también a la relevancia que cobra esta noción en el análisis de la situación de la progenitora, que será abordado en el

capítulo correspondiente. En este sentido la concepción de antijuricidad que aquí se desarrolla servirá de base para dicho examen.

La evolución de la visión y función de la responsabilidad civil ha llevado a modificar la concepción tradicional de antijuridicidad. Esto es, como adjetivo atribuido a una conducta que resulta contraria a una norma específica que prevé un derecho, deber u obligación violentado o incumplido por el autor. De esta forma se ha logrado cambiar el rol de la antijuridicidad como elemento o requisito de la responsabilidad civil, intentando ampliar la reparación a las víctimas.

Todo ello es producto del cambio de enfoque que se ha logrado en el Derecho de Daños. Bajo una visión más humanista, se toma como centro a la persona y se le otorga un nuevo sentido a la normativa.

En esta línea, Gonzalo Sozzo apunta que existe una función social central del Derecho de Daños que ha cumplido históricamente, que es *"reparar los daños que perjudican al individuo. En otras palabras, cumple la función de proteger y brindar seguridad al individuo"* (2012, p. 566).

De acuerdo con De Lorenzo, la nueva etapa del Derecho de daños se caracteriza por ser un sistema construido sobre la base del detrimento sufrido injustamente, desvinculando este perjuicio de la ilicitud de la conducta que lo provoca. Sostiene que resulta inapropiado concebir la antijuridicidad como una conducta contraria al orden jurídico, ya que este concepto no constituye un parámetro adecuado para abordar los numerosos conflictos de intereses derivados de conductas que no están prohibidas o que se ajustan al ejercicio legítimo de un derecho. Asimismo, De Lorenzo argumenta que, al intentar desarrollar una teoría funcional y dinámica del ilícito, el concepto de antijuridicidad se dilata tanto que, en última instancia, se fusiona con valoraciones axiológicas y metajurídicas, disolviéndola en un sistema valorativo de resultados ex post facto (De Lorenzo, 1996, p. 22).

Medina afirma que las nuevas soluciones en el ámbito del Derecho de Daños parten de un cambio de visión del elemento antijuridicidad en su concepción tradicional y su reconstrucción a partir de la noción del daño injusto (2015, p. 25

y 26). Asimismo, advierte la citada autora una tendencia "*hacia una concepción material de la antijuridicidad"* (2002, p. 25).

En esta línea, Lorenzetti explica que *"la antijuridicidad deja de ser formal y subjetiva. Es material en cuanto es ilícito el comportamiento que menosprecia al ordenamiento jurídico en su conjunto y no sólo a la ley. Es objetiva porque surge de la observación previa y primaria del acto, ajena a toda consideración de la subjetividad del agente"*. Posteriormente, el citado autor destaca que rige la atipicidad en el ámbito del Derecho Civil, lo que implica que existan actos considerados ilícitos atípicos, pues constituyen violaciones al deber genérico de no dañar (2001, p. 73).

Continuando con esta tendencia, sin llegar a excluir totalmente a la antijuridicidad, hay quienes buscan este efecto variando el contenido del concepto. Se parte de la valoración del hecho como ilícito, *contra ius*, a la noción *sine iure* o producido sin justificación (De Lorenzo, 1996, p. 23). Se evalúa la cualidad en el daño antes que en la conducta dañosa. Como corolario, la conducta que provoca un daño, aún lícita, genera responsabilidad civil del perpetrador siempre que no esté justificada.

Ghersi por su parte considera que la adjetivación del daño como injusto no sirve para definir al daño en sí mismo ni para determinar la procedencia de su reparación, sino que esta adjetivación de injusto constituye un supuesto más de antijuridicidad, porque la idea de justicia o injusticia del daño es una característica externa al daño en sí mismo considerado (1997, p. 476).

Se ha señalado que la atipicidad que rige en materia de ilícito civil implica que no se requiera que la conducta en cuestión se ajuste estrictamente a una descrita por la norma como ilícita, sino que se puede valer de la analogía y de los principios generales del derecho, es así que rigen las denominadas *"clausulas generales"* abiertas, en las que cabe todo tipo de conducta que haya provocado un daño (Casiello, 1997, p. 157).

Sin perjuicio de las posturas antes expuestas, sigue prevaleciendo el principio de legalidad, que se considera fundamento y causa de la condena a reparar el daño. Esto implica que la conducta dañosa deba estar comprendida dentro de este marco legal, el cual aunque amplio no deja de ser limitado. Es así que, de forma reiterada, se exige la subsunción del evento dañoso en la norma a efectos de determinar si reúne las notas esenciales que componen el supuesto jurídico, con el fin de evitar la arbitrariedad, requiriendo la subsunción en una figura prevista normativamente (Casiello, 1997, p. 158). Como corolario, se extrae que aún en los sistemas jurídicos en los que rige la atipicidad del ilícito civil, únicamente la lesión de un derecho subjetivo puede comportar responsabilidad civil (Casiello, 1997, p. 160).

Sin embargo, se considera que la antijuridicidad no está necesariamente vinculada a un derecho subjetivo, sino al ordenamiento jurídico en su conjunto, que abarca todas las fuentes del derecho. En este sentido, la antijuridicidad se conecta con el derecho en su integralidad *"como expresión de lo justo"* (Bueres, 2000, p. 177).

Se ha sostenido que, al examinar un acto, es posible ubicarlo dentro o fuera del ordenamiento jurídico, es decir, dentro de las pautas que establece dicho ordenamiento o fuera de ellas. La falta de este encuadre apareja la disconformidad del acto con el Derecho, constituido no solo por leyes, sino también por costumbres, principios jurídicos e incluso las reglas del orden natural. Esta disconformidad es considerada ilicitud, por ser una conducta contraria al ordenamiento jurídico (Gesualdi, 1997, p. 143 y 144).

De este modo, el daño se erige como el elemento central en la caracterización del ilícito civil, en tanto su producción sin una justificación válida, determina la configuración del ilícito en el ámbito del Derecho de Daños (Casiello, 1997, p. 162).

Desde esta perspectiva, Calvo Costa entiende que basta con inferir un daño injusto a otro sujeto, menoscabando un interés no prohibido, para determinar si

el ordenamiento jurídico lo protege o no conforme a esta nueva concepción (2007, p. 5).

El citado autor agrega que esta postura está estrechamente vinculada a la concepción del *alterum non laedere* como norma primaria y cláusula general del sistema de responsabilidad civil, así como a la configuración del sistema en torno a la atipicidad del acto ilícito civil y a la reafirmación de la antijuridicidad material y objetiva como elemento esencial del Derecho de Daños. Finalmente, refiere a la consagración del requisito de la injusticia del daño como el criterio clave que habilita el resarcimiento (Calvo Costa, 2007, p. 5).

Se advierte así un giro en el enfoque tradicional de la responsabilidad civil, al priorizarse la reparación del daño injustamente sufrido, por encima del análisis de la ilicitud de la conducta que lo ocasionó. En otras palabras, se privilegia la tutela del interés lesionado —injusticia del daño— aun cuando la conducta generadora del perjuicio no resulte formalmente ilícita. En este sentido, se reconoce que habrá daño reparable pero no antijuridicidad en las hipótesis de reparación del daño causado por *"una actividad lícita, no repudiada por el ordenamiento jurídico".* Así, se ha sostenido que el principio *alterum non laedere* constituye una norma general del Derecho, de modo que no resulta imprescindible la existencia de una disposición expresa que prohíba la conducta para que ésta sea considerada ilícita. Siempre que se cause un daño injustificado, existirá ilicitud objetiva, en tanto se vulnera el deber genérico de no dañar (Gesualdi, 1997, p. 145).

La injusticia del resultado, en el marco del acto ilícito, deviene a consecuencia directa de la injusticia de la acción que lo ha causado. Es decir, la antijuridicidad de la conducta transmite al daño la injusticia efectiva, de modo que la eventual injusticia del resultado dejaría de ser tal si la conducta que lo generó estuviera jurídicamente justificada. En suma, se privilegia el desvalor del resultado por sobre el desvalor de la acción, que pasa a ocupar un lugar secundario en el análisis de la antijuridicidad (Gesualdi, 1997, p. 148).

Sobre el punto, cabe destacar que, aun dentro de un sistema atípico, la amplitud que supone admitir la reparación de todo daño causado *sine iure* no es ilimitada. A pesar de su extensión, no puede soslayarse que únicamente se consideran daños potencialmente injustos aquellas lesiones que recaen sobre intereses efectivamente tutelados por el ordenamiento jurídico *lato sensu* (Bueres, 2001, p. 450).

La lesividad de la conducta antijurídica es también destacada por Miranda quien analiza el principio de lesividad recurriendo a conceptos propios de la teoría del ilícito penal. Sostiene que no basta con la mera tipicidad formal de la conducta —su encuadre en una descripción normativa— para imputar responsabilidad, sino que además se requiere que la conducta lesione un bien jurídico tutelado por la norma (2008, p. 501). En esta línea, concluye que la lesión a un bien jurídico tutelado integra el ilícito civil, no hay antijuridicidad sin lesión a un bien jurídico tutelado (Miranda, 2008, p. 502).

Miranda agrega que la atipicidad del ilícito civil implica que de regla no existe tipicidad o descripción típica del hecho lesivo, al contrario del derecho penal, que está asentado sobre el principio de legalidad estricta, en el cual la conducta lesiva debe estar típicamente descripta (2008, p. 503).

En suma, en términos generales, el Derecho de Daños propugna la reparación de aquel perjuicio derivado de la lesión o menoscabo a un bien o interés, en tanto implique una violación al deber genérico de no dañar, sin que resulte imprescindible que la ilicitud de la conducta que lo provoca esté expresamente prevista. En palabras de Mosset Iturraspe, acorde a este nuevo paradigma *“se está más a la injusticia del sufrirlo que a la injusticia del causarlo (al daño)”* (1997, p. 62).

Asimismo, este principio general de la responsabilidad civil encuentra su fundamento normativo en el artículo 10 de la Constitución Nacional, interpretado a contrario sensu. Este precepto exime de la autoridad de los magistrados aquellas acciones que *"de ningún modo ataquen al orden público ni perjudiquen a un tercero"*, lo que implica contrario sensu que la responsabilidad por los actos

que contravienen el orden jurídico o causan un perjuicio a otro, confiriéndole raigambre constitucional a este principio.

A la misma disposición constitucional refiere Miranda quien concluye que *“la identificación de la norma violada es una necesidad del esquema de responsabilización (…) esta norma no refiere al hecho dañante sino al bien jurídico tutelado que se ve lesionado por aquél. No hay tipicidad del hecho, pero sí tipicidad de los bienes jurídicos tutelados. Es antijurídico todo hecho que lesiona un bien jurídico tutelado por norma de derecho positivo…”* (Miranda; 2008; p. 503).

En un sentido similar, López Cabana sostiene que la ilicitud, objetivamente considerada, refiere a una conducta o actividad que se desarrolla en contradicción con lo permitido o impuesto por el ordenamiento jurídico. En el Derecho Civil, la prohibición legal puede ser genérica y abarcar un amplio conjunto de acciones, sin determinación (López Cabana, 1997, p. 153).

En este contexto, la contradicción entre la norma y la conducta debe ser analizada en el momento en que se produce el hecho, para evitar vulnerar la esfera de libertad que garantiza el propio ordenamiento jurídico, que es de principio. Como se establece en el art. 10 de la Constitución Nacional: *"nadie será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".* Como consecuencia, aun cuando en el ámbito del Derecho Civil rija el principio de atipicidad del ilícito, no puede considerarse antijurídica la omisión de una conducta cuya realización no ha sido impuesta por una norma jurídica. En efecto, la inacción que no contraviene un deber jurídico de actuación —ya sea expreso o derivado del ordenamiento en sentido amplio— no configura una omisión jurídicamente relevante, sino una simple inercia carente de reproche normativo.

En esta línea, De Lorenzo sostiene que no resulta indispensable la previsión expresa de un deber, ni de un derecho subjetivo o de un interés legítimo protegidos o reconocidos por el ordenamiento jurídico, para que pueda reputarse injusto su menoscabo. Señala que existen numerosos intereses que, aun sin

alcanzar esa forma de reconocimiento jurídico, se encuentran tutelados por el ordenamiento (De Lorenzo, 1996, p. 65). Afirma que el derecho subjetivo constituye la “corteza protectora”, es decir, la protección jurídica que el ordenamiento brinda a un interés, siendo este último el “núcleo” esencial: el derecho es, en definitiva, la protección de un interés (De Lorenzo, 1996, p. 69).

En el derecho argentino, esta concepción ha sido plasmada en el Código Civil y Comercial de la Nación. Este cuerpo normativo en su artículo 1717 se prevé como antijurídica toda conducta que cause un daño, siempre que no esté justificada, es decir, que no cuente con una causa de justificación. A su vez, el artículo 1737 define al daño resarcible como aquel que afecta un derecho o interés que no sea reprobado por el ordenamiento jurídico. De este modo, se amplía el concepto tradicional, ya que no se exige que el interés esté expresamente tutelado por el Derecho, sino que basta con que no resulte reprobado o fuera contrario al ordenamiento.

En conclusión, conforme a las citadas posturas que constituyen los postulados actuales en materia de Derecho de Daños, la antijuridicidad es la adjetivación que se otorga a una conducta que transgrede el ordenamiento jurídico mediante la lesión de un derecho o interés que no resulta reprobado ni contrario a dicho ordenamiento.

En línea con los referidos postulados se considera que cuando exista una lesión a un bien, situación o interés jurídico, la acción que la generó será antijurídica, siempre que no esté justificada. Dado que la propia lesión contraviene el ordenamiento jurídico que protege dicho interés, habrá antijuridicidad en la conducta. Tal como lo entiende Aída Kemelmajer, se reconoce un principio fundamental: la *“inexistencia de un derecho a dañar”* (2000, p. 31).

Esta concepción es acorde con la normativa en la materia y responde a una interpretación del Derecho con una visión más humanista, que prioriza la reparación de la víctima y trae a aparejada una extensión de las hipótesis de daños indemnizables.

V. LA ANTIJURIDICIDAD EN LOS DAÑOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

En el ámbito de la responsabilidad entre los miembros de la familia, contrariamente a lo antes expuesto, tanto doctrina como jurisprudencia requieren de forma constante y enfática la existencia de un acto antijurídico, que traducen en una conducta violatoria a un deber jurídico expresamente previsto y en ello encuentran el fundamento de la condena al dañador.

Resulta un claro ejemplo de ello la sentencia 52/2013 del TAF 1º de fecha 18/09/2013, en la cual se sostiene al identificar cuáles daños son resarcibles se *"reconduce siempre a la determinación de un deber violado"*, y luego agrega "*detrás del fundamento de la obligación de reparar, está ese comportamiento (…) desajustado a la norma".* De ello se deriva inevitablemente que el tipo de responsabilidad imputable a los progenitores omisos se enmarque en las normas de responsabilidad contractual u obligacional por cuanto, el hecho dañoso que provoca el daño es el incumplimiento de una obligación de origen legal. En efecto, esta omisión de reconocer reviste el carácter de incumplimiento, por cuanto se omite dar cumplimiento en tiempo y forma a la obligación una vez que la misma es exigible, conforme ha sido prevista legalmente.

Sin embargo, es destacable que la jurisprudencia uruguaya en el primer antecedente de indemnización por daños en materia de familia destaca que *"el vocablo ilícito es comprensivo tanto de hecho contrario a la ley, como a la moral o las buenas costumbres y más genéricamente a la justicia…"* (Sentencia del TAF 2do Turno del 6 de marzo de 1989).

Legnani, en similar postura, sostiene que "*a la luz de la Constitución de la República surgen entre los componentes de la familia -cualquiera su estructura u origen- derechos y deberes pero sin constituirle en un recinto aislado ni ajeno a la aplicación de las normas y los principios que regulan a la responsabilidad por daños que pueda emerger como resultado de la lesión o del incumplimiento de aquellos"*. Concluye el citado autor que esto *"obedece a que tanto el interés superior del menor como la protección de la familia sumados a la reparación*

integral del daño integran el elenco de los principios generales de Derecho que se tutelan por los arts. 72 y 332 de nuestra Constitución", por ser estos principios inherentes a la persona humana (2017 B, p. 1197).

Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas consideran indemnizable al daño causado por cualquier hecho voluntario del hombre, tanto sea una acción u omisión, siempre que revista la calidad de ilícito. Asimismo, las autoras refieren a la atipicidad del ilícito en el Derecho Civil, por lo que entienden que cualquier incumplimiento a los deberes previstos en el Derecho de Familia puede dar lugar a la responsabilidad civil (2012, pp. 73-74). Sin embargo, subrayan la necesidad de la ilicitud del hecho dañoso –así como el factor subjetivo de atribución- para considerar procedente la indemnización. Es decir, reclaman que la conducta haya sido cometida contra iure, en violación a un deber jurídico expresamente previsto en la normativa. Es aquí donde la materia, se aparta de las nuevas tendencias del Derecho de Daños antes expuestas.

Sobre el punto, Medina afirma que en este ámbito "*la antijuridicidad tiene una presencia muy fuerte, y cuando se admite la obligación de reparar siempre existe un acto antijurídico (…) no se advierte que en el Derecho de la responsabilidad familiar se acepte la obligación de reparar el daño injustamente causado, es decir, que se recepte la teoría del daño injusto",* agregando que para entender procedente la responsabilidad en este ámbito se ha requerido en forma constante que medie una vulneración de un deber jurídico determinado (2002, p. 26).

Medina ha concluido que *"toda persona tiene el deber, en cuanto a ella dependa, de evitar causar un daño no justificado"* (2015, p. 35). Con esta afirmación se entiende que, a pesar de que, por un lado, se reclama enfáticamente el incumplimiento de un deber previsto en la normativa que transforme a la conducta en ilícita, por otro lado, se menciona la responsabilidad por el incumplimiento de un deber genérico, en este caso el deber de prevenir el daño.

Sobre el punto, uno de los fundamentos de los reparos que presenta la doctrina y la jurisprudencia para la aplicación de estas tendencias en materia de

relaciones familiares radica en que esta visión de la antijuridicidad postulada por el Derecho de Daños tiene su origen en una lógica económica o de mercado, que no aplica a la materia de familia (Ghersi, 1997, p. 480).

Sin embargo, Rivero de Aranchet afirma que en las hipótesis de daños causados en las relaciones de familia *"la ilicitud no está vinculada al incumplimiento de un deber sino a un hecho que lo es la invasión de la esfera jurídica ajena dañando derechos, intereses o situaciones jurídicamente protegidas y que es ese hecho dañino el que motiva el resarcimiento, creemos también que el art. 1319 CC nos indica para el caso concreto que estamos tratando que el resarcimiento se debe al daño provocado por la conducta ilícita que en este caso deviene del incumplimiento de un deber ahora declarado por el CNA"* (2008, p. 150). Lo que refleja la tendencia actual antes expuesta propugnada por la doctrina del Derecho de Daños.

Sobre esta línea Ordoqui argumenta que "*el principio general del derecho que lleva a la reparación del daño ilícitamente causado no tiene excluidos y no precisa de textos expresos habilitantes para su aplicación. Existiendo daño causado y relevante a los efectos resarcitorios, el mismo debe ser resarcido".* Concluye el citado autor que no corresponde aplicar un criterio diferente por enmarcarse el daño en las relaciones de familia (2005, p. 12).

Se ha fundamentado esta insistencia en que en la órbita del Derecho de Familia *"la responsabilidad sin antijuridicidad se asocia de forma reiterada al afecto"* (Medina, 2002, p. 26). Ciertamente se ha invocado al *afecto* como un elemento distintivo de las relaciones familiares para justificar el apartamiento de las tendencias en materia de Derecho de Daños. Sin embargo, esta asociación resulta errónea, ya que al incumplirse el deber de no dañar, la consecuencia resulta siempre en una lesión al interés protegido por el ordenamiento jurídico.

Conforme sostiene Mariño, quienes reclaman la vulneración de un deber específicamente previsto en otra norma jurídica para la procedencia de la responsabilidad civil remiten a un modelo de antijuridicidad formal basado en ilícitos típicos específicos, mientras que el sistema jurídico uruguayo establece

un sistema de antijuridicidad material, en el cual se dispone una regla general de conducta fundada en el deber genérico de no dañar, que comprende ilícitos atípicos (2021 B, pp. 865).

Se destaca la postura adoptada en sentencia N° 174/2006, dictada por el Juzgado Letrado de Salto de 1er Turno el 28 de septiembre de 2006, en la cual se considera configurado el hecho ilícito al verificarse *"la violación del deber genérico de no causar un daño a otro"* es decir, se plasman en esta sentencia las nuevas tendencias en materia de Derecho de Daños. No obstante, la sentencia también insiste en la exigencia de un hecho ilícito concreto, señalando expresamente *"la ilicitud del no reconocimiento voluntario"*. En este sentido, se concluye que el incumplimiento del deber de reconocimiento configura un acto ilícito, dado que concluye que *"el reconocimiento es un acto debido cuyo incumplimiento apareja responsabilidad"* (citado en Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, 2012, p. 11).

La comentada posición de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia sobre la antijuridicidad en las relaciones de familia, implica que las previsiones sobre responsabilidad civil no puedan funcionar por sí mismas, sino que requieren ser complementadas por otra norma que exija o vede determinados actos, resultando en una norma compleja y desdoblada. En consecuencia, se requiere la concurrencia de dos normas: una que consagre la protección de un interés, estableciendo el consecuente deber de respeto erga omnes, y otra que determine la sanción en caso de transgresión de la primera, constituida por las disposiciones sobre responsabilidad civil (De Lorenzo, 1996, p. 60).

Acorde a lo expuesto, parece rechazarse la teoría del daño injusto propugnada por la doctrina en el marco del Derecho de Daños, y se concluye que, mientras en la teoría general de la responsabilidad civil se observa una evolución hacia un cambio del paradigma de la antijuridicidad, en el Derecho de Familia -tanto doctrina como jurisprudencia- se exige enfáticamente la existencia de una norma que imponga un deber u obligación incumplidos, para que surja la responsabilidad.

Del análisis expuesto se extrae que la admisión de la reparación del daño causado en el marco de las relaciones de familia es cada vez mayor, pero aún se aborda con cierta cautela. Esto se refleja en la reiterada exigencia de que el evento dañoso esté constituido por una clara vulneración a un derecho subjetivo, ya sea por acción u omisión. En consecuencia, los avances propios del Derecho de Daños en materia de antijuridicidad han sido en general excluidos de este ámbito, si bien excepcionalmente se comienza a darles recepción.

En conclusión, se discrepa con la postura que requiere la existencia de un deber jurídico específico -esto es aquél que se tiene con respecto a una persona determinada, titular de un derecho subjetivo correlativo- para configurar un hecho ilícito en el ámbito del Derecho de Familia. No se considera suficiente, en este contexto, la aplicación del deber genérico de no dañar -frente a un sujeto indeterminado- como fundamento exclusivo de la responsabilidad. La citada postura -que se cuestiona- supone oponerse a la aplicación de las disposiciones en materia de responsabilidad aquiliana entre los miembros de la familia, sin un fundamento jurídicamente válido.

VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER A LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Como se ha expuesto, existen diversas interpretaciones sobre la antijuridicidad en el ámbito del Derecho de Daños, especialmente en relación con los perjuicios derivados de las relaciones familiares. A continuación, se analizará este elemento en el contexto específico del presente estudio, centrándose en la ilicitud de la omisión de los progenitores en el reconocimiento de sus hijos.

1. Emplazamiento en la calidad de hijo extramatrimonial

Antes de abordar el análisis del hecho ilícito, resulta necesario introducir el concepto de emplazamiento, sus diversas modalidades y sus efectos jurídicos.

En el caso específico de los hijos nacidos fuera del matrimonio, su emplazamiento en la calidad de hijos extramatrimoniales puede darse de forma voluntaria por sus progenitores o por la declaración judicial en defecto de aquél.

Por un lado, el reconocimiento voluntario puede ser expreso, mediante un acto jurídico unilateral y solemne por el cual el progenitor reconociente emplaza a su descendiente en la calidad de hijo. Esta forma de reconocimiento está prevista en forma expresa en el art. 31 del CNA y art. 233 del CC. Es una declaración que suele hacerse al momento de la inscripción del nacimiento, o en forma algo posterior, ante el oficial del Registro de Estado Civil, mediante la sola expresión de voluntad. También puede realizarse por testamento o escritura pública con las correspondientes formalidades.

El reconocimiento es un acto jurídico unilateral, no requiere -ni se prevé- aceptación, consentimiento, ni notificación al hijo reconocido ni al otro progenitor. Es personalísimo, solemne e individual porque le corresponde únicamente a quien reconoce y es independiente para cada uno de los progenitores. Como consecuencia, para la validez del acto se requiere que quien reconozca sea capaz de realizar tal acto, u que manifieste su voluntad de forma libre y no viciada ante el oficial del registro civil.

Por otro lado, a partir de la vigencia de la Ley No. 4.811, desde 1913, el ordenamiento jurídico uruguayo prevé la posibilidad del emplazamiento de los hijos extramatrimoniales a través del reconocimiento tácito. Éste no se manifiesta mediante un acto jurídico específico y concreto, sino a través de una serie de conductas que en su conjunto adquieren eficacia emplazatoria del estado civil. Esta forma de emplazamiento requiere su declaración mediante sentencia judicial una vez acreditados los requisitos previstos en los arts. 44 a 48 y 233 del CC. En particular, se exige que el presunto progenitor haya tratado al hijo como tal, que dicho trato haya sido público -que el hijo fuera reconocido como tal por sus familiares y allegados- y que este trato se haya mantenido por un período mínimo de 10 años.

En cuanto a la existencia de vínculo biológico, Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas destacan que si bien el mismo constituye un requisito indispensable para el reconocimiento no se exige su acreditación, ni se ejerce un control previo, bastando la mera declaración del progenitor reconociente. La única consecuencia de la inexistencia del vínculo biológico es la posibilidad de la

impugnación del reconocimiento conforme a lo dispuesto por el art. 238 del CC (2014, p. 225).

Por otra parte, a falta de reconocimiento voluntario el emplazamiento en la calidad de hijo puede producirse mediante sentencia judicial dictada en un proceso de investigación de la paternidad o maternidad, según lo previsto en los artículos 197 y siguientes del CNA.

Cabe destacar que, en estos casos, la declaración judicial de la filiación y consecuente emplazamiento en el correspondiente estado civil generan efectos diversos que el reconocimiento, especialmente frente a terceros. Rivero de Aranchet sostiene que, en el ordenamiento jurídico uruguayo, la sentencia que declara la paternidad y emplaza al hijo en su estado civil no resulta oponible a terceros que no fueron parte en el proceso, y en consecuencia -a su criterio- el hijo no integra la familia paterna (2008, p. 152).

El emplazamiento en la calidad de hijo, ya sea voluntario o involuntario, conlleva una serie de efectos jurídicos relevantes. En primer lugar, fundamentalmente da origen a la patria potestad y a los derechos y deberes que acarrea el instituto. Asimismo, le otorga al hijo el derecho al uso del apellido del progenitor y le confiere vocación hereditaria.

2. La omisión de reconocer como hecho ilícito

En la hipótesis en estudio el hecho ilícito se configura por el incumplimiento de una obligación de origen legal, es decir, una omisión.

Como lo explica De Lorenzo, cuando el daño deriva de una conducta omisiva, es esencial examinar la relación entre los sujetos activo y pasivo del daño, la cual debe generar un deber particular que no puede limitarse a una mera abstención, sino que debe exigir una conducta activa en la prevención o evitación del daño (1996, pp. 92 y 93).

A partir de esta premisa, corresponde analizar el marco normativo en el que se inscribe la conducta objeto de estudio.

Al respecto, Medina sostiene que es fundamental considerar el derecho-deber de origen constitucional de todo progenitor de reconocer que no constituye un mero acto de poder familiar sino un deber jurídico de los padres (2015 B, p. 8).

En efecto, debe entenderse que existe un deber jurídico específico u obligación legal de quien engendra a un hijo de reconocerlo y conferirle el estado civil correspondiente, su incumplimiento constituye una conducta contraria a derecho, es decir, contra ius o antijurídica.

Sin perjuicio de ser un acto voluntario, el reconocimiento no queda de forma alguna librado a la voluntad del progenitor, como otrora se entendía. No es un acto discrecional, ni librado a la conciencia y arbitrio del progenitor, como tradicionalmente se entendía (en este sentido véase Hugo Gatti, en *Reconocimiento expreso de los hijos naturales*, pp. 145 y ss. citado en Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, 2012, p. 168).

Ordoqui señala que el reconocimiento debe ser voluntario, pero ello no implica que sea un acto discrecional, porque el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional, reconocido por la Convención de Derechos del Niño, a la identidad y a conocer quiénes son sus progenitores (Ordoqui, 2005, p. 41).

En la actualidad, conforme a lo dispuesto por los arts. 28 y 30 del CNA el reconocimiento se encuentra expresamente regulado como un derecho-deber de los progenitores, por tanto, considerarlo un acto discrecional es inadmisible.

Siguiendo la postura adoptada en el presente estudio, Méndez Costa afirma que no resulta válido argumentar que la responsabilidad por el daño derivado de una omisión proceda únicamente cuando una norma impone la obligación de cumplir el hecho omitido. Según plantea *"lo prohibido por la ley no es sólo lo explícitamente reprobado por ella, sino también lo inequívocamente descalificado o desautorizado por el derecho",* lo que incluye aquellos casos en que se sancione la inacción del sujeto o el abuso de la libertad de abstención. Esto implica igualmente la necesidad de desplegar una conducta activa por estar

la pasividad desaprobada por el ordenamiento jurídico (Méndez Costa, 2001, p. 4).

Trasladando las consideraciones expuestas al caso en estudio, se evidencia la existencia de un marco normativo que impone a los progenitores el deber jurídico de desplegar una conducta activa, como se pasará a analizar a continuación. Además es relevante destacar que se le concede al hijo el derecho de iniciar acciones tendientes al emplazamiento involuntario, resulta incuestionable que existe un deber jurídico específico de los progenitores de reconocer a sus hijos. En consecuencia, la omisión de este deber configura un acto ilícito, antijurídico o contrario a derecho: el incumplimiento de una obligación de origen legal.

3. Marco normativo

De acuerdo con la posición adoptada en este estudio respecto a la antijuridicidad en el sistema uruguayo de responsabilidad civil, existe un marco normativo que regula la conducta paterna, cuya vulneración por omisión configura de manera indiscutible una conducta ilícita que causa el daño.

En consecuencia, son aplicables las normas de responsabilidad contractual previstas en los artículos 1342 y siguientes del Código Civil, ya que, como se ha fundamentado previamente, la responsabilidad del progenitor surge del incumplimiento de una obligación de origen legal.

Gamarra explica que, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, la responsabilidad proviene de un acto ilícito del responsable y genera una obligación resarcitoria a cargo del deudor incumplidor (1996, p. 16). En la responsabilidad contractual el acto ilícito es el incumplimiento de la obligación, ya tenga origen contractual o legal.

Sobre dicha base se pasa a fundamentar porqué se considera que pesa sobre los progenitores una obligación -o deber jurídico específico- de reconocer a los hijos biológicos con arreglo al ordenamiento jurídico uruguayo.

En primer lugar, esta obligación está expresamente prevista a texto expreso en el art. 28 del CNA, a pesar de que se considera que forma parte del ordenamiento jurídico uruguayo mucho antes de la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo (22/09/2004).

Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia nacional en sentencia 270/2007 del TAF 2 (fecha 3/10/2007), esta obligación está consagrada en el ordenamiento jurídico uruguayo desde la entrada en vigencia del Código del Niño (12/05/1934). El artículo 173 del referido Código garantizaba el derecho de los hijos a conocer la identidad de sus progenitores, previendo una acción de investigación de la paternidad. Si bien sus efectos eran restringidos, esta disposición otorgaba un alcance más amplio que las normas del Código Civil, consolidando así un marco normativo más protector para la determinación de la filiación.

Como corolario de este derecho subjetivo del hijo, surge la correlativa obligación de reconocimiento que recae sobre los progenitores. En consecuencia, la conducta omisiva del progenitor, que no reconoce voluntariamente a su hijo, configura un acto ilícito, aun en ausencia de una norma explícita que lo consagre, como lo hace el artículo 28 del CNA.

Conforme se pasa a fundamentar, se concluye que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional a conocer su realidad biológica, a tener una filiación, y para ello se requiere del reconocimiento de su progenitor.

a. Normas supranacionales

En el ordenamiento jurídico supranacional existen disposiciones directamente aplicables al caso en estudio.

En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificada por Ley 10.683 del 15 de diciembre de 1945, en sus arts. 7 y 8 reconoce el derecho al nombre y a la identidad de los progenitores, estableciendo así el marco normativo internacional del derecho a la identidad. Asimismo, cabe destacar que en su artículo 6 garantiza el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica, el que se encuentra también

reflejado en el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica, con redacción similar a lo normado por el artículo 16° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por Ley 15.737 del 08 de marzo de 1985, en su art. 18 reconoce expresamente el derecho de las personas al nombre propio y a los apellidos de sus padres. A su vez, el art. 17 Nal. 5 impone a los Estados el deber de que la ley reconozca *“iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”*.

Además, la referida convención consagra el derecho a recibir *"la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos",* y determina el deber de protección del niño por parte de su familia, la sociedad y el Estado, disponiendo en su artículo 19 la responsabilidad de proporcionar una protección especial para los niños. Asimismo, en el artículo 32, inciso 1, se establece que *'toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad'*, resaltando la importancia de la solidaridad y el compromiso colectivo en la garantía de los derechos fundamentales de los niños.

La Convención de Derechos del Niño, ratificada por Ley 16.137 del 28 de setiembre de 1990, reconoce expresamente en sus arts. 7.1 y 8 el derecho de los niños a conocer la identidad de sus progenitores, así como el derecho a su identidad, que incluye el derecho al nombre. Dichas disposiciones establecen que el niño debe ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y desde ese momento tiene derecho al nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

Asimismo, el art. 8.2 de la citada Convención impone a los Estados el deber de brindar asistencia y protección adecuadas a efectos de restablecer rápidamente la identidad del niño en caso de que sea privado total o parcialmente de algún elemento de su identidad. Por otro lado, esta convención le impone a los progenitores una serie de deberes en sus artículos 3, 5 y 18, y reconoce

expresamente a los hijos el derecho de conocer a sus padres (artículo 7) y a su identidad (artículo 8).

El derecho a la filiación, entendido como el vínculo de pertenencia a una familia, posee una trascendencia fundamental, ya que no solo permite al niño consolidar su identidad dentro del núcleo familiar, sino que también le habilita el ejercicio de los consiguientes derechos personalísimos, individuales, sociales y patrimoniales.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley 16.724 del 13 de noviembre de 1995, prevé en sus arts. 16 y 17.1 el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona, así como la tutela por parte del Estado frente a injerencias arbitrarias o ilegales en la familia.

Cabe señalar que estas disposiciones integran el bloque de constitucionalidad en el marco de lo previsto por los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución, por cuanto reconocen derechos subjetivos inherentes a la personalidad humana. En este sentido, Legnani afirma que *"en esa orientación se ha enmarcado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, que su Sentencia No. 365/09, del 10/10/2009,* (Chediak, Van Rompaey, Ruibal) *consideró que las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72 —sin necesidad de la previa ratificación legislativa (art. 85 ord. 7o)- conformando así lo que la doctrina de Derecho Público denomina el bloque de constitucionalidad, el que está constituido por todos los derechos propios de la personalidad humana"* (2017 B, p. 1198).

b. Disposiciones constitucionales

Como se expuso previamente, las disposiciones supranacionales mencionadas integran el ordenamiento jurídico uruguayo, no solo por haber sido ratificadas por Ley, sino también por su incorporación a través de los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución Nacional conformando lo que se considera el *bloque de constitucionalidad*, y en consecuencia integrando las normas constitucionales.

A su vez, es relevante citar las previsiones contenidas en los arts. 40 a 42 de la Constitución, que son plenamente aplicables al presente estudio. En primer lugar, el art. 40 reconoce la importancia social de la familia, refiriéndose a ella como la base de nuestra sociedad, y establece el deber del estado de velar por su estabilidad con el objetivo primordial de asegurar la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Por su parte, el art. 41 impone a los progenitores el deber de conferir a sus hijos el cuidado y educación para que alcancen su plena capacidad física, intelectual y social, sin distinción alguna entre hijos biológicos, matrimoniales o extramatrimoniales. De lo que se infiere que este deber se impone independientemente del estado civil que ostenten. A su vez, comete a la Ley establecer las medidas necesarias para la protección de la infancia y juventud contra el abandono *"corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores"*.

Finalmente, el art. 42 consagra de forma inequívoca la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales estableciendo que *"los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él"*.

c. Disposiciones legales vigentes

Desde la entrada en vigencia del CNA en 2004 el deber de los progenitores a reconocer a sus hijos encuentra previsión expresa en su art. 28, norma que zanjó la discusión previa a su vigencia.

Asimismo, el artículo 23 del CNA consagra el derecho a la filiación, garantizando al hijo el derecho a conocer la identidad de sus progenitores y a ser reconocido en esa calidad, con la consecuente atribución de derechos que el estado civil de hijo conlleva.

Además, en su art. 9 el CNA reconoce los derechos esenciales de los niños y adolescentes, entre los cuales enumera el derecho a la identidad.

Conforme ya se señaló el deber de los progenitores tiene raigambre supralegal y constitucional.

Rivero de Aranchet considera que existe un *"derecho sustancial del hijo a saber quién es su padre*" que incluso puede dar lugar a la responsabilidad materna por ocultarle al hijo dicha identidad (2008, pp. 154 y 155).

Con meridiana claridad, la doctrina argentina ha sostenido que "*en materia de falta de reconocimiento voluntario del hijo, existe un deber de reconocer al hijo como propio, que encuentra su contracara en el derecho subjetivo del hijo a conocer su identidad"* verificándose así la configuración del ilícito incluso ante la ausencia de una norma expresa que consagre la obligación, por cuanto rige la atipicidad (Filia, 2020, p. 73). En efecto, el ilícito se configura de forma típica o formal si el deber de reconocimiento de la filiación se encuentra consagrado en el derecho positivo, como ocurre en la actualidad en el ordenamiento jurídico uruguayo.

No obstante, debe destacarse que incluso antes de la vigencia del CNA, la conducta omisa era igualmente ilícita, ya que vulneraba el derecho subjetivo del hijo a conocer su identidad.

En esta línea, resulta relevante citar a Rivero de Aranchet, quien explica que el reconocimiento no se trata de un acto de poder familiar, sino de deber familiar, "*por ser un acto que responde, entre otras cosas, a hacer efectivo el derecho del hijo a su identidad tomando el término en un sentido restringido similar a identificación"* (2008, p. 147).

La discusión se suscitaba con anterioridad a la vigencia del CNA, ya que tanto el Código Civil como el Código del Niño no contemplaban de manera expresa el deber de los progenitores de conferir al hijo el estado civil que le correspondía. Esto dejaba abierta la posibilidad de considerar al acto del reconocimiento como ejercicio de una simple potestad. Con la vigencia del CNA fue zanjada la discusión, ya que se estableció claramente el reconocimiento como un derecho y deber de los padres. Asimismo, estas normas eliminan toda y cualquier

limitación antes prevista, como la prohibición del reconocimiento a los progenitores de estado civil casados o menores de edad sino estuvieren habilitados o emancipados.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre el punto, argumentando que aún antes de la entrada en vigencia del CNA (17/09/2004), revestía la calidad de obligación por cuanto existía un derecho subjetivo del hijo a ser reconocido. En este sentido, que se afirmó *"el principio rector que guía al legislador de acuerdo a los principios constitucionales consagrados en los arts. 40 y ss. de nuestra Carta Magna, es bregar por la paternidad y maternidad responsable (…) (la hija) tiene el derecho de ser emplazada en el estado de familia que le corresponde según su realidad biológica por aplicación de los arts. 7, 42 y 72 de la constitución, arts. 7, 8 y 18 de la Convención de los derechos del Niño y arts. 18 y 32 del Pacto de San José de Costa Rica"* (Sentencia No. 174/2006 del Jdo. Ldo. de Salto de 1er Turno de fecha 28 de setiembre de 2006). Las referidas disposiciones reconocen el derecho subjetivo al nombre y a la identidad, tienen como contrapartida la obligación de los progenitores.

En consecuencia, al conducta de los progenitores contraviene las referidas normas supranacionales, constitucionales y legales, y vulnera el derecho subjetivo del hijo.

VII. LA OMISIÓN DE RECONOCER COMO HECHO DAÑOSO

En el presente apartado se profundiza en el análisis de la antijuridicidad de la omisión paterna en reconocer a su hijo, partiendo del tratamiento que ha recibido la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia.

La conducta que puede dar lugar a responsabilidad civil puede consistir tanto en acciones como omisiones, incluso cuando no exista una disposición normativa explícita que imponga al sujeto el deber de realizar el acto, si pudiere determinarse que existe un deber jurídico implícito derivado del ordenamiento en su conjunto.

En materia de daños causados al hijo por la omisión paterna en reconocerlo, conforme ya se expresó, existe un marco normativo, integrado por normas supranacionales, constitucionales y legales, que impone la obligación a los progenitores de reconocer a sus hijos.

Esta obligación resulta no solo de la previsión en forma expresa, identificando al reconocimiento como un deber jurídico de los progenitores, sino también como corolario del correspondiente derecho subjetivo de los hijos a ser emplazados en el estado civil correspondiente.

Se considera que el fundamento de la obligación del progenitor de emplazar al hijo en el estado civil correspondiente es la procreación. El reconocimiento, supone la existencia del vínculo biológico, aunque no se requiere su acreditación cuando es voluntario, es un acto jurídico mediante el cual se declara que una persona es hijo biológico del reconociente.

Conforme ya se analizó el reconocimiento genera una serie de consecuencias, entre ellas, la determinación del estado civil de hijo para el reconocido y de padre para el reconociente. Esta relación de filiación conlleva los derechos y obligaciones inherentes a dicha condición. Es un acto jurídico personalísimo de carácter voluntario, unilateral, no vinculante, puro y simple, irrevocable y formal. Sin embargo, dicha voluntariedad no implica discrecionalidad o arbitrariedad, por el contrario, se ha considerado que su omisión, no solo vulnera la normativa expresa sobre el punto, sino todo el ordenamiento jurídico en su conjunto (Molina, 2012, p. 1).

En efecto, mediante la omisión de reconocimiento se violenta el derecho subjetivo del hijo a tener una filiación como derecho que integra la identidad personal, en consecuencia resulta abarcado por las disposiciones contenidas en los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia en Sentencia 20/2016 del TAF 1 de fecha 17/02/2016, cuando consideró que la ilicitud de la conducta deriva del incumplimiento del deber de reconocer, el que *“es un derecho propio de la*

personalidad humana (arts. 7, 72 y 332 de la Carta) que se constituye en una lesión simultánea al derecho de identidad conforme a los arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño ratificada por ley no. 16.137". El citado Tribunal consideró que no solo se transgrede el referido deber legal sino también *"un deber impuesto por las buenas costumbres, el orden público y la buena fe".*

Ordoqui se pronuncia sobre el punto sosteniendo que el derecho a ser reconocido por los progenitores constituye un derecho inherente al ser humano: *"la familia natural es para el niño esencial como lugar de formación afectiva, sociocultural, ámbito en el que se alimenta y se desarrolla física, social y culturalmente. Trae en su naturaleza el derecho de pertenencia al núcleo del que se originó (…) el derecho de afiliación a una familia del recién nacido es uno de los derechos más trascendentales, el que le permite generar al hijo "estado de pertenencia" a una familia y los consiguientes derechos (personales sociales patrimoniales)"* (2012, p. 424). Así es que el derecho a la identidad forma parte esencial del estado civil de la persona: el derecho a la filiación, que va de la mano del derecho esencial a conocer y a que se le reconozca la filiación legal y jurídica acorde a la filiación real y biológica.

Howard sostiene que *"la privación de reconocimiento lacera el derecho que tiene el hijo a su identidad personal, esto es, a conocer sus orígenes y a tener fehacientemente atribuida una filiación determinada. El comportamiento omisivo del progenitor es un accionar ilícito consumado de manera negativa, en tanto infringe el deber de subyugarse a las responsabilidades emanadas de la procreación"* (2016, p. 179) .

El reconocimiento se relaciona directamente con el derecho a conocer su identidad biológica real y a conocer su identidad personal, saber quiénes son sus progenitores, así como los restantes miembros de su familia (Ordoqui, 2012, p. 425).

La jurisprudencia argentina se ha pronunciado sosteniendo que al derecho subjetivo del hijo a ser reconocido por su progenitor biológico se contrapone la incausada omisión del reconocimiento espontáneo o voluntario filial que es una

conducta antijurídica en tano incumplimiento de una obligación legal (Cámara Civil y Comercial de Azul SCBA, AC. 64506, DMR. C/ R.A., R. Reclamación de estado de Filiación LLBA, 2005-767; citada por Blanchard, 2016, p. 794).

Se concluye de lo expuesto que el no reconocimiento es- incluso antes de la vigencia del CNA- el incumplimiento u omisión ilícita de una obligación de origen legal, puesto que existe un interés jurídicamente tutelado – un derecho subjetivo- del hijo a ser reconocido, puesto que una norma expresa reconoce el derecho subjetivo del hijo y el correspondiente deber jurídico específico de los progenitores. Este incumplimiento trae aparejada la vulneración de una serie de derechos de los cuales es titular el hijo.

En definitiva, ante este incumplimiento se produce un daño injusto a los intereses del hijo y por ello, de darse los restantes requisitos, corresponde la indemnización del menoscabo sufrido responsabilizando al progenitor incumplidor.

VIII. CONFIGURACIÓN DEL HECHO ILÍCITO

Resulta interesante para el análisis del tema ahondar sobre la configuración del hecho ilícito.

Se considera que el hecho ilícito se configura cuando nace el niño y éste no es reconocido, por cuanto es allí cuando se consuma el incumplimiento y la lesión a su interés ante la omisión de su progenitor.

El punto de partida de la cuestión es la filiación como Derecho Humano. Así lo considera Molina, para quien *"desde el momento en que una persona es concebida, nace su derecho subjetivo a ostentar una filiación jurídica concordante con el dato biológico de la procreación"* (Molina 2012, p. 1). Claramente todo ser humano tiene progenitores biológicos, pero para que esa relación biológica despliegue efectos civiles el nacimiento debe estar inscripto en el correspondiente Registro conforme a las disposiciones vigentes.

Así se encuentra previsto en la Convención de los Derechos del Niño que en su art. 7.1 expresa que la inscripción debe realizarse “inmediatamente” después de su nacimiento y establece que los derechos que le son reconocidos tienen vigencia “desde que nace”.

Por su parte, en el CNA no prevé inicio alguno para el derecho del hijo a ser reconocido ni para la obligación de los progenitores a reconocer a sus hijos. En consecuencia, cabe considerar que emerge con el nacimiento del niño, momento a partir del cual el derecho puede ser ejercido y la obligación deviene exigible.

Conforme sostiene Mariño el incumplimiento de una obligación se configura cuando ésta deviene exigible, pero el sujeto obligado no la ejecuta, ya sea en forma total, parcial, inexacta o defectuosa (2018b, p. 789).

Efectivamente, el momento del nacimiento del hijo es el momento cronológico en que la ley le acuerda al progenitor el poder-deber de realizar el acto jurídico del reconocimiento y al hijo le confiere la potestad de iniciar la acción de investigación de la paternidad, es decir, la acción pertinente para subsanar la omisión de su padre coaccionando el cumplimiento de la obligación incumplida. Así se encuentra previsto en el Derecho uruguayo en el art. 233 del CC y art. 198 del CNA.

Por tanto, se considera que es desde ese momento que comienza a generarse el daño reparable, de aunarse a los restantes requisitos de la responsabilidad por daños derivados del incumplimiento.

En efecto, no puede entenderse que la conducta generadora de responsabilidad sea el mantener relaciones sexuales o concebir a un hijo extramatrimonial. Por cuanto, si bien la procreación resulta el fundamento de la obligación de reconocer, tales conductas no resultan un evento dañoso en sí mismas consideradas, sino que lo será una conducta posterior del progenitor: su omisión de reconocer al hijo una vez que nace.

Así lo entiende Ordoqui quien afirma que *“la ilicitud versa en el momento en el que quien debe reconocer, no lo hace”* (2005, p. 42).

La procreación da lugar al vínculo biológico que es el fundamento de la obligación de reconocer, es el presupuesto de hecho que apareja la aplicación de la norma que constituye la causa de la obligación. Sin embargo, este poder-deber de reconocer no surge con la procreación, sino que tiene lugar en un momento posterior, nace conjuntamente con el hijo, por cuanto la oportunidad para su cumplimiento – y su exigibilidad- tiene su génesis con su nacimiento.

En caso de incumplimiento, el ordenamiento jurídico prevé como remedio las acciones de estado que permiten obtener el emplazamiento correspondiente, que están sujetas a un límite temporal previsto en el artículo 198 del Código de la Niñez y la Adolescencia. En su numeral 2º esta norma establece que el padre o la madre están legitimados para iniciar la acción desde el momento en que *"se constata la gravidez"* y hasta que el hijo alcance la mayoría de edad. No obstante, debe concluirse que es a partir del nacimiento del hijo que se origina la obligación de reconocerlo, dado que solo desde ese momento puede darse su cumplimiento y no antes. Antes del nacimiento, no se ha configurado aún el presupuesto de hecho que apareja la aplicación de la norma que constituye la causa de la obligación.

Incluso si se aborda la cuestión desde los paradigmas del Derecho de Daños, los derechos del niño a la identidad, al nombre y, en definitiva, a ser reconocido por sus progenitores, surgen con el nacimiento, y no antes ni después. En consecuencia, cuando dicho nacimiento no es seguido del correspondiente emplazamiento filial, se configura el incumplimiento de la obligación que constituye el ilícito que da lugar al daño.

Sobre el punto, corresponde realizar una precisión, acorde a lo expuesto el hecho ilícito se estima configurado con el nacimiento del hijo que no es seguido del cumplimiento de la obligación de reconocer. Sin embargo, dada la particularidad de la hipótesis dañosa en estudio, puede ocurrir que el progenitor desconozca la ocurrencia del presupuesto de hecho -vínculo biológico con el niño- y, en consecuencia, ignore que ha surgido en su esfera jurídica la obligación de reconocerlo.

En tales casos, la responsabilidad paterna por los daños derivados del incumplimiento nace desde el momento en que toma efectivo conocimiento de su paternidad. Es en ese instante cuando el factor de atribución se une al hecho ilícito que ha generado el daño, tornándolo jurídicamente resarcible. En cambio, cuando el incumplimiento es atribuible a la madre, dicha distinción no resulta aplicable, por cuanto no puede entenderse que desconocía su maternidad y, en consecuencia, su responsabilidad se configura desde el momento mismo del nacimiento.

Corresponde aclarar que el conocimiento del vínculo biológico con el hijo no es exigible para la configuración del hecho ilícito, dado que la voluntad no constituye un presupuesto para la configuración del incumplimiento. El ilícito se configura con el nacimiento del hijo seguido por la omisión en reconocerlo. La circunstancia de si existió o no conocimiento por parte del progenitor, respecto del nacimiento o del vínculo biológico, se vincula con el análisis del factor de atribución, pero no incide en la determinación de la ilicitud de la conducta que tiene un carácter objetivo.

Como sostiene López Cabana, tanto "*la licitud como la ilicitud de una conducta son objetivas (…) no dependen de las circunstancias concernientes a los sujetos, sino de la conformidad o disconformidad del acto con el derecho objetivo"* (1997, p. 154). Esta aseveración resulta plenamente aplicable, dado que la ilicitud de la conducta no requiere la configuración del factor de atribución del progenitor. Su conducta será antijuridica aún cuando éste desconozca efectivamente su vínculo biológico con el niño, aspecto en el que se ahonda en el capítulo respectivo.

Contrariamente a la postura expuesta, se han relevado enfoques doctrinarios y jurisprudenciales que enfatizan el conocimiento del vínculo biológico para considerar configurada la antijuridicidad de la conducta paterna. Algunos de estos enfoques incluso requieren que dicho conocimiento sea fehaciente, a través del resultado de la prueba de ADN notificada formalmente que acredite de forma indubitable el vínculo.

Medina manifiesta *"el negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica"* (2008, pp. 122 y 123). Sin embargo, no corresponde analizar la voluntad para determinar si media incumplimiento porque el factor de atribución se consuma de forma separada, ya sea de forma previa o no, dependiendo del momento en que tomó conocimiento de su paternidad, durante el embarazo o en forma posterior al nacimiento.

En similar sentido, se ha afirmado por Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas que el hecho ilícito se configura cuando el progenitor adquiere conocimiento cierto de tal calidad (2012, p. 159). Sostienen que aún ante la presentación del hijo a su presunto progenitor reclamando el reconocimiento, no se configura la obligación de reconocer por cuanto no se le ha acreditado al progenitor "*la certidumbre de su paternidad"* lo que se configurará cuando el hijo acredite mediante prueba científica de ADN el vínculo biológico. Entienden que ante la incerteza de la veracidad del vínculo no se configura la ilicitud de la conducta, porque en tales casos consideran que hay un derecho del progenitor a no reconocer (Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, 2010, p. 32).

Es decir que se va más allá del nacimiento del hijo, e incluso de la mera sospecha del vínculo biológico para entender configurado el ilícito: requiere la nota de fehaciencia en el conocimiento para que se configure la ilicitud (Rivero de Aranchet, 2008, p. 156).

En esta línea, Legnani afirma que se requiere que el progenitor tenga conocimiento del vínculo biológico con el hijo para que su omisión se repute ilícita *"se debe observar este deber desde que tuvo certeza de que el menor es su hijo. El momento de la certeza de paternidad, según determinada jurisprudencia, se verifica con el resultado de la pericia de ADN, lo que es opinable según los casos*" (2017, p. 5).

Sin embargo, en el marco de lo antes expuesto se discrepa con esta postura, por entender que la valoración de la conducta del progenitor, refiere al factor de atribución de responsabilidad no a la antijuridicidad de su conducta, elementos

de la responsabilidad civil que en el ordenamiento jurídico uruguayo se consideran en forma separada.

La antijuridicidad de la conducta debe ser objetivamente analizada, esto es, prescindiendo de la voluntariedad y de la culpabilidad del agente (Bueres, 2000, p. 151).

En cuanto al tema en estudio, no es necesario que el incumplimiento paterno sea a sabiendas de la existencia del vínculo biológico para que se configure una lesión al interés jurídicamente tutelado del hijo en ser reconocido, y por tanto, para que la conducta se califique como antijurídica. No obstante reconocer que se requiere la voluntad en el incumplimiento para que proceda la responsabilidad del progenitor, aunque constituya un presupuesto separado. En efecto, es con el nacimiento del hijo que nace la obligación de reconocimiento, así como el interés en ser reconocido y se configura la consecuente lesión por el incumplimiento paterno.

Por último, se consideran los argumentos vertidos por la doctrina en cuanto a la duración temporal de la omisión paterna y su impacto en la responsabilidad por el daño causado. Se ha sostenido que *"si el padre reconoce al hijo en etapas tempranas de su niñez no existe reproche jurídico alguno. Por el contrario, si lo reconoce a una edad un poco más avanzada el daño es mayor, ya que el niño ha crecido sin la figura paterna, y, probablemente, sin colaboración económica del padre, etc."* (Vivanco, 2017, p. 300 y 301). Se considera que media una confusión aquí entre la configuración del hecho ilícito y la entidad del daño causado. Existe claramente una contravención al ordenamiento jurídico conforme ya fue expuesto, los otros aspectos relevados habrán de considerarse al momento de avaluar el daño indemnizable, pero no repercuten en la configuración del incumplimiento de la obligación legal.

IX. LÍMITE TEMPORAL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER

Una vez establecido el nacimiento de la obligación de reconocer, corresponde analizar su límite temporal.

Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas indican que no existe un límite temporal a esta obligación del progenitor, dada la inexistencia de normas limitativas para el ejercicio del poder – deber de reconocer. En consecuencia, no puede imponerse restricción alguna al cumplimiento de la obligación, permaneciendo sobre el progenitor sin límite temporal (2010, p. 31). En efecto, los únicos plazos establecidos en la normativa refieren al inicio de las acciones de investigación de la paternidad o maternidad, pero no al reconocimiento voluntario, por tanto, no existe un límite temporal -prescripción ni caducidad- para el cumplimiento de la obligación paterna.

La única referencia normativa vinculada a la edad del hijo se encuentra en el art. 32 del CNA, que exige su consentimiento expreso si al momento del reconocimiento posee más de 13 años, pero esta expresión de voluntad está estrictamente limitada a la elección entre conservar los apellidos con los que era conocido o adoptar los del reconociente. No se requiere nunca su voluntad en cuanto al acto de reconocimiento, frente al cual el hijo no puede oponerse, sino únicamente en forma posterior iniciar las acciones judiciales para impugnar su nuevo estado civil. Sin perjuicio de que, en caso de reconocimiento durante la mayoría de edad, no se generarán los deberes propios de la patria potestad, el emplazamiento sí produce los restantes efectos jurídicos, con independencia de la edad del hijo.

La cuestión adquiere particular relevancia al considerar la situación de aquellos progenitores que, por diversas circunstancias, se vieron impedidos de efectuar el reconocimiento voluntario durante la minoría de edad del hijo. Un ejemplo ilustrativo lo constituye el desconocimiento del vínculo biológico, así como también la prohibición legal anteriormente vigente, contenida en el artículo 227 del Código Civil, que impedía a las personas casadas reconocer a un hijo habido fuera del matrimonio.

Cabe destacar que el art. 198 del CNA consigna plazos para el inicio de las acciones de investigación de la paternidad o maternidad, hasta cumplidos los 25 años de edad del hijo. Este límite temporal resulta un plazo de prescripción, no de caducidad, por cuanto refiere expresamente al plazo para accionar:

“(accionantes) podrán iniciar la acción…” expresa el acápite. En consecuencia, surge de la redacción que no resulta una previsión sobre la caducidad del derecho, por cuanto no afecta al derecho sustancial.

En este sentido el TAF de 1er Turno, en sentencia No. 135/2013 de fecha 23/10/2013, expresó que el derecho a la identidad no caduca, a pesar de la previsión de plazos de prescripción para el inicio de la acción conferida al hijo para lograr el emplazamiento. El fallo realiza una distinción fundamental entre el derecho al emplazamiento y el derecho sustancial a la identidad y a conocer quiénes son sus progenitores, afirmando que este último no está sujeto a caducidad.

Incluso ante la prescripción de la acción de estado, el citado Tribunal entiende posible la promoción de una acción meramente declarativa conforme al artículo 11 del Código General del Proceso, con el objeto de que se declare judicialmente la existencia del vínculo filial. Además, el Tribunal reconoce la posibilidad de iniciar una acción de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de reconocer, enfatizando que dicho deber *"no caduca nunca"*.

En apoyo a su postura, el Tribunal cita la nueva redacción del artículo 219 del Código Civil (conferida por la Ley N° 19.075) que establece: *“todo esto sin perjuicio del derecho del hijo o sus herederos a conocer su ascendencia biológica en cualquier momento y a esos solos efectos”*.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia en sentencia No.1.116/2017, de fecha 30 de octubre de 2017, al analizar la excepción de inconstitucionalidad incoada con respecto al referido límite temporal previsto en el art. 198 del CNA. En dicha sentencia entendió que la norma no resulta inconstitucional porque *“no cercena el derecho a la identidad de la persona sino que, en atención a otro derecho constitucionalmente tutelable como el de seguridad jurídica, la Ley introduce una limitación temporal para el emplazamiento de un estado civil, pero no obstaculiza la investigación de la verdad biológica del involucrado”*. Asimismo, refieren también al inciso final del art. 219 del Código Civil vigente (en la redacción dada por la Ley No. 19.075),

conforme a dicha disposición "*el hijo siempre podrá indagar sus orígenes, independientemente de cuál fuera su situación y sin límite de plazo"*.

Se destaca que el artículo 226 del Código Civil establece de forma categórica que *"el derecho de reclamar la filiación o de contestarla o de contestar la legitimidad, no se extingue ni por prescripción ni por renuncia expresa o tácita…"*

Se comparte la postura adoptada por la jurisprudencia en los citados pronunciamientos, en cuanto a que el derecho del hijo a obtener la declaración de su identidad biológica no puede considerarse sometido a plazo de caducidad, por tratarse de un derecho inherente a su condición de persona humana.

En consecuencia, aun cuando se haya extinguido el plazo legal para promover acciones de investigación de la paternidad tendientes a lograr el correspondiente emplazamiento, subsiste la posibilidad de obtener una declaración judicial de la calidad de hijo biológico, aunque sin efectos sobre su estado civil. Para ello, el hijo no reconocido tiene abierta la vía de la acción meramente declarativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 del Código General del Proceso, lo que también resulta respaldado por el texto del inciso 3º del artículo 219 del Código Civil, en la redacción introducida por la Ley N.º 19.075.

En conclusión, en cuanto a la oportunidad para el reconocimiento voluntario, este poder deber puede ser ejercido voluntariamente por el progenitor en cualquier momento, hasta su muerte. La obligación legal no perece ni se modifica por el transcurso del tiempo, ni por la edad del hijo.

Los plazos legalmente previstos resultan plazos de prescripción y no de caducidad, por cuanto no extinguen el derecho subjetivo del hijo, sino únicamente limitan la posibilidad de accionar con efectos constitutivos de estado. En consecuencia, aun vencido el plazo para promover tales acciones, el hijo no reconocido conserva la posibilidad de iniciar acciones declarativas para la averiguación de su verdad biológica. Si bien estas acciones no producirán el efecto emplazatorio en el estado civil de hijo, permiten el reconocimiento judicial del vínculo biológico.

X. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD NO ES UN REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

En el presente apartado se analiza si la investigación de la paternidad es un requisito de procedencia de la indemnización por daños y perjuicios que el incumplimiento de reconocer causare al hijo.

Resulta ineludible preguntarse si la acción por daños y perjuicios derivados de la omisión del deber paterno de reconocimiento requiere, como presupuesto procesal o sustancial, la promoción de una acción de emplazamiento en el estado civil de hijo. Es decir, si el reclamo indemnizatorio debe estar precedido o acompañado por una acción de investigación de la filiación, o si puede sustentarse autónomamente en el daño producido por la falta de reconocimiento, sin necesidad de obtener el correspondiente emplazamiento en el estado civil de hijo.

Conforme a la postura propugnada en el presente estudio, regulada la hipótesis dañosa en el marco de las normas sobre responsabilidad contractual, una vez configurado el incumplimiento el acreedor puede ejercer alguno de los remedios que el sistema jurídico le concede para satisfacer su interés lesionado.

El incumplimiento del progenitor reviste la calidad de incumplimiento temporal, por cuanto como ya se ha concluido no existe límite temporal para el cumplimiento de la obligación de reconocer. Cuando el cumplimiento de la obligación todavía es posible y satisface el interés del acreedor, éste puede ejercer los diversos remedios de cumplimiento.

La pretensión resarcitoria del hijo se inscribe en la categoría de aquellos remedios frente al incumplimiento que tienen por finalidad la indemnización de los daños sufridos, ya sea de forma autónoma o conjunta: la pretensión de indemnización autónoma o pretensión de indemnización de daños moratorios y pretensión de indemnización por daños en la resolución del contrato (Mariño, 2018b, p. 800).

De esta forma, en el remedio de cumplimiento, el hijo satisface su interés con la ejecución coactiva de la prestación debida, en la especie se traduce en el emplazamiento en el estado civil de hijo mediante sentencia judicial dictada en el marco del proceso de investigación de la paternidad, como pretensión de cumplimiento específico.

En cuanto a los daños provocados por el cumplimiento tardío de la obligación, la pretensión indemnizatoria puede promoverse en forma conjunta con los remedios de cumplimiento, es decir, reclamando la indemnización por los daños que el cumplimiento tardío apareja en forma conjunta con la obtención de la prestación (Mariño, 2018b, p. 800).

Por otro lado, puede considerarse que el incumplimiento del progenitor sea definitivo. En tal caso, en tal caso el hijo puede promover la pretensión indemnizatoria por daños compensatorios, aquellos diversos de los moratorios, en forma autónoma, la pretensión indemnizatoria autónoma o ejecución forzada por equivalente (Mariño, 2018b, p. 809).

Pero para promover la pretensión de cumplimiento específico, el acreedor no necesita hacer caer en mora al deudor. Se requiere que se haya producido el incumplimiento, es decir, que el deudor no haya cumplido. Conforme a lo previsto por el art. 1342 del CC, la pretensión de declaración de la filiación mediante sentencia definitiva no es más que la pretensión de cumplimiento específico de la obligación de reconocer, en lugar del reconocimiento ejecutado en cumplimiento de la obligación legal.

El acreedor puede, junto a la pretensión de cumplimiento específico, pedir la indemnización por los daños que la demora en el cumplimiento le irrogare. No resulta aplicable en la especie, en tanto se trata de un incumplimiento de una obligación legal, las disposiciones sobre la mora, pero puede entenderse que la propia demanda que contiene la pretensión de cumplimiento específico -investigación de la paternidad- hace caer en mora al deudor, pues en definitiva se le requiere al deudor la ejecución de la prestación debida. (Mariño, 2018b, p. 792). Esto puede constituir un argumento a favor de quienes consideran que la

responsabilidad por daños por omisión comienza a partir de que el progenitor es emplazado en el marco del proceso de investigación de la paternidad, sin perjuicio de basarse en un fundamento diverso y constituir una postura que no se comparte por los fundamentos en los que se ahondará en el capítulo respectivo.

Sobre el punto se ha pronunciado Howard, quien afirma que la reparación de los daños y perjuicios no debe limitarse a los casos en que se haya declarado judicialmente la paternidad, ya que la indemnización puede ser perseguida de forma independiente de la investigación de la filiación (2016, p. 178).

Sostiene el antecitado autor que si bien la acción de investigación de la filiación tendiente a lograr el emplazamiento en la calidad de hijo se encuentra sujeta a los plazos previstos en el art. 198 del CNA, la posibilidad de incoar una acción de indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del deber de reconocer no está sujeta a plazos (Howard, 2016, p. 178). En consecuencia, en aquellos supuestos en que el hijo no pretenda alterar su estado civil, se le permite eludir, los plazos establecidos en el art. 198 del CNA.

Como fundamento para esta postura, cabe citar la previsión del inc. 3ero del art. 219 del CC que prevé expresamente que aún vencidos los plazos previstos para el inicio de las acciones de investigación de la paternidad podrá el hijo o sus herederos iniciar las acciones tendientes a conocer su ascendencia biológica y a esos solos efectos. Es decir, obteniendo una sentencia meramente declarativa de la existencia del vínculo biológico y sin efectos constitutivos del estado civil. Se infiere de esta previsión que el hijo no reconocido puede instaurar una acción declarativa del vínculo biológico, pero no a los efectos de ser emplazado en la calidad de hijo extramatrimonial de su progenitor, sino meramente declarativa a los efectos de posteriormente –o conjuntamente- iniciar la acción de reclamación por daños y perjuicios, sin perjuicio de no haber logrado el emplazamiento.

Conforme a lo antes expuesto en cuanto a los remedios ante el incumplimiento, no es necesario que se altere el estado civil del hijo para que pueda reclamar los daños y perjuicios que la omisión de su padre le hubiere irrogado. Esta

conclusión resulta conforme al efecto de la sentencia definitiva que declara la filiación, la cual es en cuanto a su objeto constitutiva del estado civil de hijo extramatrimonial pero declarativa de la filiación biológica.

En este caso el hijo no reconocido puede reclamar a su progenitor los daños ocasionados por el incumplimiento de tipo definitivo, por cuanto el mismo ya no será posible. Incluso, aún siendo posible puede que no satisfaga su interés, es decir, no le interesa al hijo ser emplazado en el estado civil correspondiente, y opta por los daños compensatorios que el incumplimiento le hubiere irrogado.

Puede que el hijo no tenga interés en ser reconocido tras años de rechazo paterno, lo que no implica desinterés en la indemnización por daños, ni ausencia de ocurrencia de los mismos. El paradigmático ejemplo del vestido de novia que no se entrega antes de la boda, resulta trasladable a la hipótesis en estudio. Por cuanto, una vez que el hijo haya sido conocido socialmente con el apellido materno e inserto en la sociedad, identificándose él mismo con ese nombre y alcanzada la adultez puede no interesarle usar el apellido paterno. No obstante, procede igualmente la indemnización por la ocurrencia de los daños que el oportuno incumplimiento le hubiere irrogado. Es decir, cuando las circunstancias del incumplimiento y sus características determinan que el cumplimiento tardío ya no le interesa al acreedor y en consecuencia, se verifica el incumplimiento como definitivo (Mariño, 2018b, p**.** 795).

Por otro lado, sin entrar al debate de naturaleza procesal, resulta necesario enfatizar en que la investigación de la filiación no puede calificarse como un proceso previo, esto es, un proceso cuya tramitación sea obligatoriamente previa para que quede expedita la acción por daños. En efecto, no hay previsión normativa que la consigne como presupuesto de procedibilidad.

En consecuencia, los fundamentos expuestos llevan a concluir que la pretensión indemnizatoria del hijo no se encuentra supeditada a la investigación de la filiación previa, en tanto lo que persigue es la reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento, los que son autónomos respecto al efecto constitutivo del vínculo filiatorio. Ambas acciones constituyen remedios diversos

que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor, admitiéndose la tramitación conjunta de ambas, o incluso solo la pretensión de indemnización por daños y perjuicios.

Por supuesto, será indispensable acreditar en juicio la existencia del incumplimiento, lo cual supone necesariamente demostrar el vínculo biológico con el progenitor, pero no implica la necesaria tramitación de la acción de investigación de la filiación.

Esta solución va de la mano con la conclusión a la que se ha arribado en cuanto a la configuración de la culpa en la que se ahondará en el capítulo respectivo. Algunos autores consideran que la responsabilidad por los daños nace a partir del emplazamiento de la demanda de investigación de la filiación; otros entienden incluso necesario que el progenitor posea la certeza de su paternidad, mediante la notificación del resultado positivo del estudio de ADN diligenciado en la marco del proceso. No obstante, conforme se postula a lo largo del presente estudio, se considera que nace cuando el progenitor adquiere conocimiento de la existencia del niño, conjuntamente con -al menos- la sospecha fundada del vínculo biológico con él, no requiriéndose judicialización del conocimiento. Sin perjuicio de quedar sujeta su responsabilidad a la acreditación de estos extremos en juicio.

XI. OTROS ILÍCITOS CONEXOS

Cabe referirse a aquellos supuestos en los que el hecho dañoso -incumplimiento del deber legal de reconocimiento— no se presenta de manera aislada, sino que concurre con otros actos u omisiones que afectan de forma conjunta o conexa los derechos fundamentales del hijo no reconocido. En tales casos, en la pretensión resarcitoria pueden entrelazarse diversas afectaciones que agravan el daño causado al hijo o bien causan otros daños.

1. Deberes de protección y cuidado

En diversas normas del ordenamiento jurídico uruguayo se consagran deberes jurídicos específicos u obligaciones de los progenitores para con sus hijos, cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad por los daños que le irrogare.

De la enumeración de deberes impuesta a los progenitores por el art. 16 del CNA se estima pertinente destacar el deber de respetar al hijo, de proveer alimentos -en sentido amplio-, velar por su educación – tanto moral como formal-, colaborar activamente para que sus derechos sean efectivamente gozados y prestar orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos. También encuentran previsión en el art. 41 de la Constitución Nacional, que le impone a los progenitores la obligación de brindar los cuidados y educación a sus hijos necesarios para alcanzar su pleno desarrollo, o como lo prevé la norma *"su plena capacidad corporal, intelectual y social"*.

Estos deberes se extienden tanto a los hijos matrimoniales como extramatrimoniales, alcanzando a los hijos biológicos, incluso en ausencia de reconocimiento o declaración. En este sentido, Ramos Cabanellas sostiene que dichos deberes comprenden también al progenitor que sin haber reconocido o haber sido declarado tal *"tiene conocimiento de que es el padre biológico y como tal tiene obligaciones que cumplir"* (Ramos Cabanellas, 2008, p. 170). Estas obligaciones legales derivan directamente de la condición de progenitor, sin distinción entre maternidad y paternidad, pesando sobre los obligados por su sola calidad de progenitores biológicos ya que no se refiere a estado civil específico (Rivero de Aranchet, 2008, p. 154).

Rivero de Aranchet afirma que el texto del art. 41 de la Constitución *refiere "a los derechos y deberes derivados de la paternidad y maternidad biológicas, lo que puede dar respuesta también al caso en que el progenitor casado, y de acuerdo al art. 227 CC en inciso hoy derogado no podría reconocer su hijo extramatrimonial pero no le impedía de todos modos cumplir con sus deberes hacia el mismo, y en tal caso era posible la reclamación por daños si el progenitor incumplía tales deberes"* (2008, p. 154). La citada autora realiza una

interpretación conjunta y sistemática de los arts. 16 y 24 del CNA que establecen el deber de conferir a los hijos la protección y cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral y el correspondiente derecho de los mismos, no limitándose dichos deberes ni derechos a los hijos matrimoniales ni extramatrimoniales. Por otro lado, sostiene la autora que si bien el texto del art. 116 del CC se encuentra en sede de filiación legítima, ello no implica la exclusión de los hijos habidos fuera del matrimonio, para quienes el art. 42 de la Constitución Nacional impone los mismos deberes sobre los progenitores.

Concluye Ramos Cabanellas que las obligaciones de cuidar y educar pueden ser incumplidas tanto por el padre matrimonial o extramatrimonial, así como por aquél que posee meramente el vínculo biológico que obviamente debe conocer en forma cierta e indubitable que es el padre del menor, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caberle por el incumplimiento de reconocer (2008, p. 170).

También puede darse el caso de que el progenitor dé cumplimiento a estos deberes de educación, alimentación y cuidados, pero mantenga el incumplimiento de la obligación de reconocer. Sobre el punto, resulta de interés la afirmación de Molina quien destaca el obrar antijurídico consistente en la omisión de reconocer al hijo "*no desaparece por la existencia de posesión de estado, pues lo que da lugar a la responsabilidad civil es la falta de reconocimiento espontáneo de la filiación; lo que se resarce es el daño que deriva de no haber mediado reconocimiento voluntario, y no las carencias afectivas que el menor puede hallar frente a su progenitor (…) la posesión consolidada de estado no puede ser una causal de eximición de responsabilidad para el progenitor"* (Molina, 2012, p. 3).

En consecuencia, las disposiciones del artículo 41 de la Constitución y del artículo 16 del Código de la Niñez y la Adolescencia —que imponen el deber de cuidar y educar a los hijos— resultan vulneradas en aquellos supuestos en los que, además de omitirse el reconocimiento, el progenitor incumple las restantes obligaciones impuestas por la normativa en virtud de su condición.

Esto implica que el progenitor que incumple la obligación legal de reconocimiento también incumple estos otras obligaciones constitucionales y legales. El incumplimiento de la obligación de reconocer no exime al progenitor de las restantes obligaciones que nacen de su calidad de padre biológico, aun cuando no haya sido emplazado en el correspondiente estado civil. Sin perjuicio de que no haber nacido la patria potestad, cuya regulación se encuentra en los artículos 252 a 279 del Código Civil, se incurre en estos hechos ilícitos consistentes en el incumplimiento de los referidos deberes jurídicos específicos de origen legal.

2. Deber de conferir afecto

Por otra parte, entre los derechos del hijo que pueden verse vulnerados se encuentra el derecho a ser amado, el cual encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico uruguayo. El artículo 16 del Código de la Niñez y la Adolescencia, al enumerar los deberes de los progenitores, incluye en su literal I) una cláusula abierta que refiere a *"todo otro deber inherente a la actividad del padre"*. Esta fórmula amplia permite interpretar que el deber de brindar afecto, contención emocional y amor forma parte de las obligaciones parentales, incluyendo la dimensión afectiva como componente esencial en la formación integral del hijo.

Así lo resalta Ordoqui quien manifiesta que el primer y principal derecho-deber de los progenitores es querer y amar a sus hijos, siendo todos los restantes deberes una proyección de éste. Agrega que este deber se infiere de las disposiciones de la Convención de Derechos del Niño –particularmente en su art. 7-, así como el art. 41 de la Constitución Nacional, que consagran el deber de cuidado de los progenitores, reputándose incluido el deber de amar (2012, p. 391) .

Es indudable que la ausencia afectiva de cualquiera de sus progenitores impacta negativamente, de forma directa y profunda, en el desarrollo integral de cualquier persona, afectando en particular su salud emocional y mental.

Esta carencia condicionará de manera sustancial su desarrollo, siendo contrario al mandato que impone a los progenitores el deber de conferir el cuidado y la educación de sus hijos para que alcancen "*su plena capacidad corporal, intelectual y social",* tal como impone el art. 41 de la constitución. El citado artículo también refiere al deber del estado de protección de la infancia y juventud contra *"el abandono corporal, intelectual o moral de sus progenitores",* de lo que se resulta no solo el deber de control y prevención del abandono por el Estado uruguayo, sino también el deber de conferir cuidados, educación y afecto por los progenitores.

Si bien no puede afirmarse que el ordenamiento jurídico imponga expresamente una obligación legal de conferir afecto, su existencia se extrae como derivación lógica y extensiva de los deberes de cuidado y educación, que sí encuentran consagración expresa. Esta solución se alinea con los postulados del Derecho de Daños antes expuestos, que desplazan el foco desde la antijuridicidad de la conducta hacia la adjetivación del daño como injusto. En este enfoque, pierde relevancia que la conducta vulnere una norma expresa, sino que la misma genere un perjuicio que no está justificado o bien resulta contrario al ordenamiento jurídico, entendido en sentido amplio.

3. Abuso de las vías procesales

Un aspecto relevante a considerar en el análisis de la hipótesis dañosa en estudio es la actitud asumida por el progenitor en el transcurso del proceso de investigación de la filiación.

El punto reviste interés por cuanto en algunos trabajos doctrinarios y pronunciamientos jurisprudenciales se ha entendido que la culpa del progenitor se verifica cuando habiendo adquirido la certeza del vínculo biológico que lo une con el hijo, se mantiene en su omisión de reconocerlo.

En tal sentido, se ha considerado que si actúa de buena fe durante el proceso, y una vez que es notificado del resultado del estudio de ADN como positivo, procede al reconocimiento voluntario, no se configura la culpa en su accionar.

Por tanto, al no verificarse un factor de atribución subjetivo, se lo exonera de responsabilidad por su incumplimiento.

En contraposición, cuando el progenitor demuestra una oposición que resulta catalogable de abusiva, se resiste injustificadamente a la práctica de los análisis genéticos, despliega conductas dilatorias u obstructivas del proceso, entre otras conductas calificables de abusivas se ha entendido que este comportamiento excede el ejercicio de los derechos procesales. En estos casos, se reconoce la existencia de un obrar antijurídico susceptible de causar daños indemnizables.

Sin embargo, resulta necesario distinguir entre la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de reconocer de la que pueda derivar del abuso de las vías procesales.

Acorde con lo previsto en el art. 1321 del CC quien produce un daño mediante el ejercicio de su derecho no se ve obligado a resarcirlo por operar una causa de justificación de su conducta. La referida norma prevé una excepción: si el titular de dicho derecho incurre en un abuso de derecho. Mariño sostiene que este se configura cuando en el ejercicio de un derecho se exceden los límites internos previstos por el orden jurídico, es decir, cuando este ejercicio resulta contrario a la función social y económica que le fuera asignada por el sistema jurídico, o bien es contrario a la buena fe, el orden público y las buenas costumbres; en tales casos existiría una juridicidad formal, aunque no sustancial, en consecuencia, al vulnerarse estos límites la conducta se torna ilícita (2021, p. 608).

El citado autor enumera las posibles hipótesis en que el ejercicio de un derecho se manifiesta, *“cuando el sujeto que usa el mismo lo hace sin un interés legítimo cierto, de manera no razonable, injustificada o agraviante o causando un daño desproporcionado o excesivo en relación a las consecuencias normales de su ejercicio”*. En tales casos resulta aplicable la norma del art. 1321 del CC y el daño que resulta del uso abusivo del derecho resulta imputable al agente (2021, p. 608).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 322/2003, de fecha 03 de noviembre de 2003, ha entendido que *"el abuso de derecho debe suponer una actividad ilícita para generar responsabilidad; se requiere que el derecho sea actuado, ejercitado con exceso, con intención de dañar, en forma desviada o con designio torcido, avieso, implementado como medio para la causación de un daño injusto".*

Es claro que el abuso del derecho puede darse en el marco del proceso de investigación de la paternidad, mediante el ejercicio abusivo de las vías procesales. Al respecto, cabe citar la disposición del art. 61 del CGP el que prevé que se configura el abuso de las vías procesales cuando sea acreditado el actuar de mala fe o que merezca la nota de temeridad, opera la responsabilidad del dañador por los daños y perjuicios causados con su conducta.

Sobre el punto, Gamarra sostiene que para que se configure el abuso de las vías procesales se requiere que el sujeto recurra a al proceso como instrumento para lograr fines que no son los propios, sino que persiga la obtención de un resultado desaprobado por el derecho. En definitiva, refiere el citado autor que la finalidad perseguida debe ser ilícita materialmente, en tanto contraria al ordenamiento jurídico. En el tema en estudio normalmente será la dilación del emplazamiento en el estado civil de hijo. Concluye el citado autor que "*hay abuso siempre que el interés que mueva el ejercicio de una vía procesal sea un interés ilícito (en contraposición con el ordenamiento jurídico), y el acto procesal concreto no esté dirigido a la específica finalidad de actuación del derecho"* desvirtuando así la función del proceso (1994, pp. 212).

Así también ha afirmado la jurisprudencia uruguaya que *"el abuso en el proceso puede tener su origen en conductas dolosas, culposas graves e incluso cuando se procede en contra del principio de la buena fe. El Tribunal ya ha sostenido que participa de la tesis (…) según la cual la responsabilidad civil por el empleo de las vías procesales se configura no solamente en supuestos de actuación dolosa o gravemente culposa que tipifique abuso de derecho, sino también por violación del deber general de buena fe, de raigambre constitucional, recogido en múltiples textos de nuestro ordenamiento procesal, que puede resultar*

vulnerado por actividad u omisión simplemente culposas, ligeras, desaprensivas, negligentes; posición que también se abre camino en el ámbito procesal iberoamericano…" (TAC de 5 turno Sentencia definitiva No. 138/2017 de fecha 24 de octubre de 2017).

Rugna al pronunciarse sobre la antijuridicidad de la conducta paterna destaca la importancia de considerar la conducta asumida en el proceso de filiación, dado que no sólo se atribuirá responsabilidad a quien sabiendo que es padre omitió reconocer, sino igualmente a quien una vez demandado no colabora con el proceso (2014, p. 3). Por tanto, el citado autor sostiene que la conducta del progenitor durante el proceso de investigación de la paternidad forma parte de la antijuridicidad de su conducta, extremo en el que se discrepa por considerar que configura otro hecho ilícito distinto. Sin perjuicio de admitirse el derecho del hijo a reclamar la indemnización de los daños que esta conducta le irrogue.

En similar sentido, Medina afirma que *"también constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso mediante la negativa infundada a la realización de la prueba biológica"* (2002, p. 123).

Se entiende que esta conducta puede reputarse también un indicio del actuar doloso pero no se requiere para configurar la ilicitud de la conducta paterna, la que deviene ilícita por el solo incumplimiento de la obligación legal. Ello por cuanto la antijuridicidad debe ser evaluada de forma objetiva, con presidencia de la apreciación de la subjetividad en la conducta del agente que debe reservarse para la hora de valorar el factor de atribución obrante y posiblemente la agravación del daño moral causado al hijo.

Sobre el punto se ha pronunciado la jurisprudencia en Sentencia 270/2007 dictada por el TAF de 2do Turno de fecha 3/10/2007. En el referido caso gran parte del daño fue causado a la hija por la insistencia del progenitor en desconocer la paternidad, llevando el juicio de investigación de paternidad hasta la instancia de casación, a pesar del resultado positivo de la prueba de ADN. En ese caso, se avaluó el daño moral de la hija tomando en cuenta este extremo, pero cabe consignar a los efectos del presente capítulo, que el hecho ilícito no

solo consistió en la omisión en reconocer a su hija, sino que se trató de una conducta activa del progenitor que en la especie provocó el daño: insistir en la ausencia del vínculo biológico y dilatar el consecuente emplazamiento de forma deliberada.

En suma, las conductas referidas constituyen la figura del abuso de derecho, que resulta excluida de la exoneración de responsabilidad contenida en el art. 1321 del CC, por cuanto media un abuso en el uso del derecho de defensa y de las herramientas procesales de parte del demandado.

Este hecho ilícito, consistente en el abuso de las vías procesales, puede presentarse de forma conexa a la hipótesis dañosa en estudio, pero no forma parte ni resulta necesario para configurar el ilícito objeto del presente trabajo, que se materializa en el solo incumplimiento de la obligación legal de reconocimiento.

CAPITULO III

Factor de atribución

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente capítulo se analiza el factor de atribución en los daños causados por los progenitores a sus hijos como consecuencia del incumplimiento de la obligación legal de reconocerlos y, en consecuencia, de emplazarlos en el estado civil correspondiente a su realidad biológica.

A modo de introducción al tema, se abordarán previamente algunos aspectos generales del factor de atribución, en particular en lo que respecta a los daños originados en el marco de las relaciones familiares.

II. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS Y SU INFLUENCIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS ORIGINADOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

1. La tendencia hacia la objetivización del factor de atribución

Se advierte una tendencia que ha sido catalogada como de objetivización del factor de atribución, en atención a la postura doctrinaria, legal y jurisprudencial que confiere una mayor relevancia a los factores objetivos de atribución de responsabilidad civil, por sobre la clásica predominancia de la culpa. Esta tendencia se explica por una ponderación de la situación de la víctima y del daño sufrido por sobre la valoración de la conducta del sujeto individualizado como responsable.

Mariño destaca que en ámbitos en los que se pretende proteger a determinadas personas o bienes que se encuentran en situación de vulnerabilidad se dispone como regla un factor de atribución objetivo, a fin de favorecer la reparación del daño padecido por quien está en una situación de desventaja (2018b, p. 462).

Medina señala que esta tendencia ha sido identificada desde hace tiempo, refiriéndose a la declinación de la culpa “*el abandono de la idea de culpa ha*

modificado el centro del sistema de responsabilidad, que no es ya el reproche moral a la conducta del victimario, sino la reparación del daño que ha sufrido la víctima" (2008, p. 23).

Sobre el punto Mariño afirma que el Derecho Privado en su concepción clásica, específicamente la responsabilidad civil, resultan insuficientes para hacer frente a los cambios ocurridos socialmente. El paradigma de la responsabilidad fundado en la sanción al sujeto que comete la conducta dañosa, sobre la base de la culpa, que tenía como función principal la de sancionar al culpable, concebía a la responsabilidad civil como deuda. La situación de la víctima quedaba en un segundo plano, debiendo acreditar el actuar culpable del sujeto que había ocasionado el daño (2018b, p. 12).

Puede alegarse que la atribución de la responsabilidad civil con fundamento en la culpa ha tenido un retroceso constante desde que, a fines del siglo XIX, los autores elaboraron la doctrina o teoría del riesgo y la jurisprudencia se desarrolló en este sentido acompañando estas nuevas ideas. En un principio, el sistema de la responsabilidad tradicional, basado en la culpa, no resultaba problemático en tanto la causación de daños era restringida, tanto cualitativa como cuantitativamente (1999, p. 14).

En suma, estos cambios sociales llevaron a doctrina y jurisprudencia a dirigir la interpretación de los textos normativos, hacia una mayor protección a la víctima, en tanto el daño que debe soportar ya no se ve como individual, sino que se le da mayor relevancia al impacto social que posee.

Se sostiene que por medio de esta tendencia la responsabilidad civil abandona su antiguo dogma que establecía que *"no existe responsabilidad sin culpa",* para pasar a ser concebida y definida como la *"reacción frente a un daño injusto"*, el daño se ha convertido en el eje del sistema reparatorio desplazando a la culpa de dicho sitial, provocando -de este modo- un mayor alargamiento del área resarcible y la tutela de nuevos intereses (Calvo Costa, 2007).

Esta ampliación del concepto de daño resarcible no es una mera casualidad, sino que puede concluirse que era la finalidad última que motiva todos estos cambios entorno a la responsabilidad civil.

Por todo lo expuesto, se concluye que el foco en la responsabilidad civil ha dejado de ser la conducta del perpetrador del daño para pasar a ser concebida como un *derecho de la víctima a ser indemnizada*.

2. El rechazo de esta tendencia hacia la objetivización en los Daños originados en el marco de las relaciones de familia

Esta tendencia hacia la objetivización de la responsabilidad civil o preeminencia de los factores objetivos es rechazada de forma unánime en materia de daños causados en el marco de las relaciones familiares. En este marco se le confiere una clara preeminencia a los factores subjetivos de atribución, incluso requiriéndose la configuración de la culpa grave o bien flexibilizándose el parámetro de conducta exigido conforme se expone a continuación.

En este sentido, en doctrina nacional Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas (2012, p. 52) así como en la argentina Medina (2002, p. 24) y Bíscaro (1999, p. 437) afirman que la responsabilidad de tipo objetivo no tiene acogida en la responsabilidad por daños causados en las relaciones de familia, es decir, entre los miembros de la familia.

Medina afirma que el factor de atribución sigue siendo subjetivo, ya sea culpa o dolo, incluso refiriéndose al acogimiento de la culpa grave en el ámbito del Derecho de Familia, ya que no puede considerarse las relaciones de familia en general como una actividad riesgosa (2008, p. 24).

Contrariamente a la postura de la citada autora, acorde a los postulados adoptados en el presente estudio, en materia de responsabilidad en el marco de las relaciones de familia media en la gran mayoría de los casos responsabilidad contractual u obligacional, en tanto provocada por el incumplimiento de deberes legales, encontrándose expresamente previsto en el art. 1344 del CC que el

obligado queda sujeto *"a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve"*.

En igual sentido se pronuncia Legnani, quien agrega que en el marco de las relaciones de familia no se admiten factores objetivos de responsabilidad por entender que "*no se puede concebir (…) a la relación de familia como algo peligroso ni que suscite riesgos".* Concluye el citado autor que se trata de una responsabilidad subjetiva que obliga a apreciar la conducta del sujeto para determinar si medió responsabilidad (2017 B, p. 1199).

En esta misma línea, Rugna argumenta que los factores objetivos no toman en consideración la reprochabilidad de la conducta, sino otra razón que fundamenta el desplazamiento de las consecuencias económicas del daño, mientras que en lo que respecta al daño causado al hijo el mismo requiere un factor de atribución subjetivo para la procedencia de la responsabilidad paterna (2014, p. 7).

Sobre el punto, Ramos Cabanellas y Rivero de Aranchet postulan que "*no es correcto extrapolar en forma absoluta los criterios que el derecho de daños utiliza para examinar asuntos netamente patrimoniales para los daños que pudieran producirse en el seno de la familia. Y esto sencillamente porque nos encontramos ante dos realidades distintas"* (2012, p. 76). Se discrepa con la citada postura, por cuanto ciertamente la materia de familia presenta sus particularidades, pero ello no implica que ante la aplicación transversal del derecho de daños, actualmente unánimemente admitida en el derecho uruguayo, se postulen excepciones doctrinarias carentes de sustento legal, por cuanto la normativa no realiza tal distinción.

Sin perjuicio de este rechazo generalizado al que se refieren los antecitados autores, lo cierto es que también en materia de daños causados en las relaciones familiares se ha dado incluso la colectivización de los daños, aunque en hipótesis particulares. Así es que, como medios alternativos de reparación del daño, sin consideración a la conducta del ofensor, Mariño destaca a los fondos de indemnización, seguros de daños o accidentes personales y prestaciones de seguridad social. Entre ellos identifica en el derecho uruguayo, específicamente

en esta materia, a las prestaciones de seguridad social reparatorias de daños en beneficio de hijos de personas fallecidas en episodios de violencia doméstica, creada por Ley No. 18.850 (del 16 de diciembre de 2011). En consecuencia, si bien persiste una cierta reticencia a su acogimiento, no obstante se aprecia un cierto alineamiento hacia la colectivización de los daños propugnada por el Derecho de Daños.

De lo expuesto, resulta inevitable deducir en que en materia de daños en las relaciones de familia, en su ámbito interno, el proceso evolutivo está muy por detrás de las nuevas tendencias en materia de Derecho de Daños. Se infiere que se debe a la extensa reticencia a la aplicación del Derecho de Daños en el marco de las relaciones familiares. Se considera que en este marco la evolución ha llevado a la aceptación prácticamente unánime de su aplicación transversal, pero presentando tendencias más conservadoras y admitiéndose con cierta cautela.

Sin embargo, dado que no existe norma expresa, resultan de aplicación la disposiciones generales en materia de responsabilidad civil, y dentro de este marco no existe fundamento alguno para excluir las tendencias actuales a los daños ocasionados en el marco de las relaciones de familia.

En esta línea, resulta de suma importancia lo afirmado por Mirande quien considera que la culpa como factor de atribución en la responsabilidad por daños, no debe ser relegada absolutamente, sino redefinida acorde a la evolución tendiente a una mayor protección a la víctima, que se ha convertido en el eje central y primordial del sistema (2007, pp. 500 – 501).

No cabe más que coincidir plenamente con la referida reflexión, ya que en el ordenamiento jurídico uruguayo la norma que regula de forma general la responsabilidad civil contenida en el art. 1319 del CC requiere un análisis subjetivo de la conducta para determinar si media responsabilidad de su autor. En cuanto a la responsabilidad contractual u obligacional rigen las disposición de los arts. 1341 y ss. del CC que refieren a la valoración de la conducta del obligado, específicamente el art. 1344. Por tanto, con las excepciones previstas a texto expreso, se concluye que a pesar de las tendencias antes descritas, salvo

que medie texto expreso que lo exceptúe, en materia de daños en las relaciones familiares la regla continúa siendo la subjetividad del factor de atribución.

Conforme a lo expuesto, en el presente estudio se pretende redefinir el parámetro de diligencia exigido a los progenitores, descartando los enfoques más restrictivos, y aplicar los actuales postulados del Derecho de Daños al marco de las relaciones familiares. De esta forma se intenta acompasar los cambios y evolución del sistema de responsabilidad civil, dándole preeminencia al hijo no reconocido en su calidad de víctima y el daño padecido.

3. El factor de atribución en los Daños ocasionados por la omisión paterna en reconocer a sus hijos

En el presente apartado se analiza el factor de atribución en los daños ocasionados a los hijos, específicamente por el incumplimiento de su obligación legal de reconocerlos y el consecuente emplazamiento en el estado civil correspondiente.

Cabe comenzar por destacar que acorde a la postura propugnada en el presente estudio se entienden aplicables las normas sobre responsabilidad contractual contenidas en los arts. 1342 y ss. del CC, por cuanto emerge del incumplimiento de una obligación de fuente legal.

En el contrapunto, se encuentra la postura que encuadra esta hipótesis dañosa en la normativa sobre responsabilidad aquiliana, conforme a la regla general contenida en el artículo 1319 del Código Civil, la que puede incluso considerarse mayoritaria. Sin embargo, el concepto de culpa en la responsabilidad civil es unitario o monista, siendo el mismo tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como aquiliana, a pesar de presentar sus particularidades.

En este marco normativo la regla resulta en un régimen de responsabilidad subjetivo ordinario, por ser el factor de atribución previsto de forma genérica, es decir, el dolo y la culpa. A efectos de resultar aplicable algún factor objetivo de atribución de responsabilidad civil, se requiere norma expresa que lo prevea como excepción a esta regla general.

En el marco de la obligación de los progenitores de reconocer a sus hijos, se reconoce como posible la aplicación del factor objetivo cuando el progenitor omiso fuere menor de edad. En tal caso deviene aplicable lo dispuesto por el art. 1324 del CC, por cuanto la minoría de edad no es un impedimento para el cumplimiento de la obligación ni el ejercicio del poder deber de reconocer, puede responsabilizarse a los progenitores del progenitor incumplidor menor de edad, dado el incumplimiento al no reconocer a su nieto.

Este artículo 1324 del CC, conforme lo sostiene Mariño, prevé una responsabilidad objetiva atenuada, por cuanto se le atribuye la responsabilidad automáticamente al progenitor por el hecho de sus hijos, pero le es posible exonerarse si logra probar su falta de culpa. Estrictamente es una responsabilidad subjetiva agravada, pues la conducta del sujeto es tomada en cuenta para determinar si corresponde exonerarlo o no de responsabilidad civil (Mariño, 2021, p. 606).

Sobre el punto, Molina entiende que es francamente mayoritaria la postura en doctrina y jurisprudencia argentina que entienden que se trata de responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de reconocer a los hijos, al sustraerse intencionalmente o negligentemente de los deberes que nacen de la procreación (2012, p. 3).

Así es que considera que la responsabilidad es subjetiva, no porque se analice la conducta al momento de la procreación, sino en la negativa al reconocimiento, identifica la subjetividad en la intención de sustraerse al cumplimiento de un deber jurídico, que requiere un acto consciente del sujeto que le sea imputable, lo que no ocurre cuando ignora el embarazo y parto o si actúa sobre la base de un error excusable, por ejemplo por considerarse estéril (Molina, 2012, p. 3).

Cabe invocar las reflexiones realizadas por Kemelmajer al realizar un estudio comparativo de la acción por daños por omisión del deber de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales y una acción prevista en el derecho francés, denominada “acción con finalidad de subsidio” prevista en el art. 342 del C. C Francés. Lo interesante del referido análisis para este estudio, radica en que en

la acción francesa no se exige que se acredite la efectiva existencia del vínculo biológico, sino que basta acreditar la mera posibilidad de que el demandado sea el progenitor para su procedencia. Para ello, debe acreditarse que mantuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción para determinar la legitimación pasiva, no requiriéndose el efectivo vínculo biológico, como en la acción por daños. Como corolario, concluye la citada autora que el factor de atribución resulta diverso, esta acción de subsidio se funda en la simple posibilidad de la paternidad, el factor de atribución pareciera ser el riesgo creado al mantener relaciones sexuales con la progenitora (2000 B, p. 670).

Resulta bien diverso de la responsabilidad civil porque el mero hecho de tener relaciones sexuales en la época de la concepción, esto es desplegar una acción que conlleve la posibilidad de la paternidad, no genera responsabilidad. Coadyuvando de esta forma a la postura que descarta la procedencia de un factor de atribución objetivo fundado en la evaluación de la conducta del progenitor al momento de la concepción.

En el derecho uruguayo para la procedencia de la responsabilidad paterna se requiere siempre la existencia del vínculo biológico, por cuanto es, en definitiva, el sustento de la obligación legal de reconocer, a lo que debe sumarse el efectivo conocimiento del vínculo, porque solo cuando adquiere conocimiento media voluntariedad en el incumplimiento del sujeto. Ante un genuino desconocimiento, no puede imputarse responsabilidad. De ello se deriva la necesidad de analizar la conducta del progenitor posterior a la toma de conocimiento de la posibilidad de la paternidad para determinar si medió culpa o dolo. Se concluye que no es posible entender que el progenitor estará creando un riesgo al concebir un hijo extramatrimonial ni al tener relaciones sexuales sin los correspondientes métodos anticonceptivos, por cuanto la concepción del hijo en sí misma no puede asemejarse a la configuración del riesgo del evento dañoso.

El incumplimiento se configura en forma posterior a la concepción, con el nacimiento del hijo, cuando el progenitor omite reconocerlo, es decir, omite emplazarlo en ese estado civil, negándole los derechos que el emplazamiento trae aparejados. Debe acreditarse fehacientemente la existencia del vínculo para

determinar la legitimación pasiva del progenitor y, ante la inexistencia del vínculo, el mero riesgo creado al mantener relaciones sexuales con la progenitora en la época de la concepción no genera responsabilidad alguna. Es decir, se requiere no solo la posibilidad de que sea el progenitor para la procedencia de la responsabilidad, sino la efectiva existencia del vínculo biológico, o sea, que se acredite la filiación biológica. A su vez, debe acreditarse que el demandado tenía conocimiento de la existencia del hijo y su vínculo con el mismo – o la posibilidad de su paternidad- , para que nazca la responsabilidad, por cuanto será a partir de dicho momento en que su conducta devendrá voluntaria. En consecuencia, se descarta la procedencia del factor objetivo de atribución riesgo creado.

Conforme a las posturas expuestas, con las que se coincide de acuerdo a los argumentos analizados, se concluye que no es admisible factor de atribución objetivo alguno en materia de omisión de los progenitores en emplazar a sus hijos en el estado civil correspondiente. Se requiriere siempre la voluntariedad de la conducta para la procedencia de la responsabilidad del progenitor incumplidor, debe haber nacido la obligación legal (lo que se da con el vínculo biológico) y a su vez el obligado debe tener conocimiento de la existencia de esta obligación.

En cuanto al referido conocimiento del vínculo debe ser acreditado fehacientemente, pero no se requiere sea mediante notificación judicial ni mucho menos implica la acreditación de la fehaciencia del vínculo, bastando su acreditación por cualquier medio de prueba hábil como se fundamenta a continuación.

Con respecto a los factores objetivos de atribución, se considera de aplicación lo dispuesto en el art. 1324 del CC en cuanto regula la responsabilidad de los progenitores por el hecho de sus hijos menores de edad, resultando ésta la única hipótesis de responsabilidad objetiva – o subjetiva agravada- aplicable a las relaciones de familia, incluyendo la omisión de reconocer a los hijos biológicos.

III. REFLEXIONES SOBRE LA CULPA Y DOLO COMO FACTORES DE ATRIBUCIÓN EN LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

En el numeral anterior se ha determinado que resulta de aplicación el factor subjetivo de atribución en los daños causados en las relaciones de familia, a continuación se analiza la culpa y el dolo como factores de atribución en el marco de los daños causados en las relaciones de familia, para específicamente referirse a continuación a la hipótesis dañosa objeto del presente estudio.

1. La culpa

En cuanto a la culpa, corresponde iniciar el análisis realizando las siguientes precisiones.

La culpa puede presentarse en tres facetas diversas: como *negligencia* -cuando el sujeto omite cierta acción que habría evitado el resultado dañoso, es decir no hacer lo debido; como *imprudencia* - cuando obra precipitadamente sin prever por entero las consecuencias en que puede desembocar ese actuar, se hace lo que no se debe o más de lo debido; y por último, como *impericia*; o sea cuando actúa desconociendo las reglas y métodos pertinentes y obra sin la previsión y diligencia necesarias con arreglo a ellos.

En el marco de las relaciones de familia es la negligencia la faceta que se configura, que resulta en ese actuar que constituye un apartamiento del estándar del buen padre de familia en virtud de una conducta desplegada de forma desatenta, descuidada, omisa del debido cuidado a efectos de evitar causar un daño.

Conforme expone Gamarra la definición de culpa emerge de la interpretación conjunta de las disposiciones normativas contenidas en los arts. 1310, 1319, 1324 y 1344 del CC y art. 18 del Código Penal. De ellas se extrae que por “culpa” debe entenderse la falta del cuidado o diligencia debidos, es decir, la diligencia del buen padre de familia. En consecuencia incurre en culpa, quien no emplea todo el cuidado o diligencia que habría aportado un buen padre de familia, un

hombre medio, común, ni excesivamente cuidadoso, ni descuidado (1994, pp. 98).

Sobre este parámetro, Gamarra afirma que todo individuo que integra la sociedad tiene el deber de actuar con el cuidado y prudencia que emplearía un buen padre de familia para prevenir el daño, conforme a lo previsto por el inciso final del art. 1324 del CC. Indica el citado autor que el objetivo, de esta exigencia de actuación con diligencia media, es evitar que el comportamiento negligente, imprudente o desatento, provoque perjuicios a otros sujetos (1994, pp. 99).

Asimismo, Mariño entiende que el concepto de culpa en el ordenamiento jurídico uruguayo es integrado por las previsiones de los arts. 1319, 1324 inc. final y 1344, que refieren a desplegar una conducta diligente para la prevención del daño conforme al parámetro de conducta del buen padre de familia que es *"la que desarrolla un hombre medio, razonable, atento y prudente"* (2018b, p. 465).

Mariño sostiene que la culpa es el incumplimiento de la conducta debida de acuerdo a un estándar de comportamiento, es decir, el apartamiento del estándar en la conducta del obligado. La disposición del art. 1344 del CC prevé la obligación de desplegar su conducta acorde a la diligencia de un buen padre de familia en la ejecución de la prestación. Esta previsión establece como regla general que el factor de atribución es la culpa leve apreciada en abstracto. Entonces para determinar si medió en la conducta del obligado culpa leve, se la compara con un parámetro de conducta abstracto: la diligencia del buen padre de familia, que consiste en la conducta de una persona que actúa en forma cuidadosa y razonable para evitar causar daños (2021, p. 628).

Conforme a lo expuesto, a efectos de determinar si media culpa en un determinado caso, debe compararse la conducta efectivamente desplegada por el sujeto con el parámetro abstracto integrado por la conducta que hubiera desplegado un sujeto medio, prudente, razonable, atento; en definitiva lo que hubiera hecho un sujeto diligente. Este razonamiento es aplicable tanto en materia de daños causados por acción o por omisión. Sobre esta línea, Bustamante Alsina refiere a que la culpa es siempre una omisión de la diligencia

que exige el deber jurídico al que está constreñido el sujeto para evitar el daño (1997 A, p. 609).

Particularmente en materia de daños causados a los hijos por conductas de los progenitores, plantean las autoras Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas que los deberes jurídicos de los padres para con sus hijos *"se pueden resumir en dos clases: afectivos y materiales"*, debiendo el obligado cumplirlos con la diligencia media de un buen padre de familia, de lo contrario pueden generar daños por el incumplimiento total o parcial (2012, p. 75).

Sin embargo, las citadas autoras cuestionan la aplicación del estándar objetivo y abstracto dentro de las relaciones familiares. Se preguntan si *"la apreciación de la culpa en forma objetiva y abstracta, esto es, con referencia a un hombre normal -en el caso de las relaciones de familia sería un padre medio-, o si por el contrario corresponde realizar una apreciación concreta, tomando en cuenta las características sicológicas de cada individuo"* (2012, Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, pp. 75 y 76).

Al respecto argumentan que *"…cada uno de nosotros somos –en parte- el producto de diversas vivencias, algunos en el seno de una familia y otros ni siquiera en ella, lo que en forma inexorable influye en todo nuestro comportamiento incluso en los modelos que tenemos de lo que debe ser un padre o una madre, por lo que el punto no es de fácil dilucidación"* (2012, p. 75 y 76). Por ello, cuestionan la aplicación del estándar en aquellos casos en los que el padre (ahora ofensor) fue víctima en su momento, de abandono o violencia. Afirman que puede suceder que *"la víctima reciba el daño de otra ´víctima´"* y que por ello el concepto de *"buen padre de familia a considerar por el juez puede no ser un modelo único, pues sin llegar a considerar exclusivamente los antecedentes de cada individuo en particular se podrá identificar un ´padre medio´ que responda a determinadas características según existan gruesos elementos que condicionen en forma inexorable su accionar"* (2012, p. 75 y 76).

Por su parte, Ramos Cabanellas también plantea en otras de sus obras un razonamiento similar, cuestionando la procedencia de recurrir al mismo parámetro de conducta para el caso de progenitores víctimas de abandono o violencia que progenitores que no lo fueron, pero a su vez descartando la relevancia de los antecedentes personales como se estila en Derecho Penal. Argumenta que en el ámbito de familia el punto merece un análisis especial y que el modelo a utilizar por el juez puede no ser único, pudiendo identificar un padre medio pero teniendo en cuenta particularidades que puedan condicionar de forma inexorable su accionar (2008, p. 167).

Esta postura contrasta fuertemente con la apreciación de la culpa adoptada por el Código Civil uruguayo, el cual no opta por la apreciación de la culpa conforme a la diligencia concreta que desarrolla el sujeto en sus asuntos, sino por la apreciación en abstracto comparando la conducta con un parámetro de conducta diligente. Conforme lo sostiene Gamarra *"la referencia al buen padre de familia (apreciación en abstracto) es típica de la culpa civil, consagra un apartamiento en el modo de analizar la conducta culposa, ya que el juez penal lo hace en concreto, sin remitirse a la comparación con el modelo ideal (buen padre de familia) que es específico de la ley civil"* (1994, p. 99).

En este mismo sentido, Mariño destaca en el sistema jurídico uruguayo la valoración de la conducta del agente debe realizarse en abstracto, sin tomar en cuenta las cualidades individuales del agente sino contrastando la acción u omisión generadora del daño el canon ideal de conducta (2018b, p. 466).

La jurisprudencia uruguaya se ha manifestado sobre el punto en sentencia 52/2013 del TAF de 1er Turno de fecha 18 de setiembre de 2013. En la misma afirman que "*en el campo de las relaciones de Familia, por ejemplo el factor culpa debe ser apreciado o medido de manera especial, puede no ser un modelo único, en la medida en que cada individuo es producto de una serie de vivencias y como se ha dicho, puede ser que la "víctima" reciba el daño de otra "víctima"*. Sin embargo, a continuación concluyen que corresponde *"al Juez identificar un "padre medio", ese modelo estándar, ese "bonus pater familias" que surge del sentir social en una época determinada"*. Posteriormente afirman que *"detrás del*

fundamento de la obligación de reparar, está ese comportamiento contrario al del buen padre de familia, desajustado a la norma, que con intención o bien con culpa (no actuación de acuerdo a los parámetros de un buen padre de familia para la evitación del daño) se lleva a cabo en perjuicio del otro". En definitiva, si bien realizan una salvedad en cuanto a la valoración de la conducta, posteriormente no la recogen, sino que se adhieren a la posición que -como se aplica a las restantes hipótesis de responsabilidad subjetiva- compara la conducta efectivamente desplegada con la que hubiera desplegado un buen padre de familia, un modelo estándar de conducta diligente.

Por lo expuesto, se discrepa con el planteamiento citado que sostiene valorar la culpa en concreto, apreciando si acorde a las características personales del sujeto actúo en forma diligente, pues desvirtúa el estándar previsto en la normativa vigente en materia de responsabilidad civil, sin fundamento normativo que lo respalde, por cuanto se despoja de sentido al estándar de conducta previsto en la norma vigente.

Se observa la falta de coherencia lógica entre tal argumentación y la conclusión a la que conduce. Contrariamente a la finalidad perseguida con dicha argumentación, no corresponde exonerar al sujeto de obrar con la debida diligencia invocando el daño o trauma que padeció. Ello debido a que la norma le impone un deber de conducta diligente, cuya verificación implica comparar el comportamiento efectivamente desplegado con el estándar abstracto del buen padre de familia, por lo que de mediar condiciones que lo afecten el sujeto -en virtud de la diligencia que se le exige- debe adoptar las medidas necesarias para superarlas o neutralizar sus efectos, a fin de cumplir con el parámetro de conducta exigido. Es decir, puede considerarse que en estos casos el canon general y abstracto aplicable para valorar la conducta de un progenitor que se encuentre en estas condiciones será otro, exigiéndose en consecuencia una mayor diligencia en función de las mismas, contrariamente a lo postulado en la citada postura.

La apreciación *in concreto* de la culpa resulta contraria a las disposiciones que prevén expresamente la valoración *en abstracto* de la culpa, y carece de

respaldo normativo. En efecto, esta postura propugna una distinción no contemplada por el sistema jurídico, únicamente aplicable en materia de daños causados en el aspecto interno de las relaciones familiares, no siendo de recibo en tanto no media norma habilitante.

Contrariamente a la postura referida, se considera que si el autor de la conducta dañosa es, a su vez, víctima de un daño causado por su familia de origen, resulta acorde al estándar de diligencia del "buen padre de familia" que despliegue acciones tendientes a reparar ese daño, con el fin de evitar la causación de perjuicios a terceros, en especial a otros miembros de su familia.

No se postula una postura extremista, requiriendo un ideal de perfección moral, sino la exigencia de que las conductas desplegadas en sociedad -y aún más dentro del ámbito familiar- se realicen con el debido cuidado, diligencia y responsabilidad. Quien ha padecido un daño como resultado de una conducta dañosa no queda habilitado a reproducirla sobre otros, por el contrario debería asumir una mayor diligencia a efectos de prevenir la causación de daños a otros sujetos.

Normalmente se exige la diligencia media pero de poseer condiciones especiales que incrementen el riesgo de causación de un daño, la exigencia se eleva debiendo prestar una mayor diligencia al actuar, evitando la causación de daños. A modo de ejemplo, al conductor de un vehículo al enfrentar condiciones adversas se le exige que preste una mayor diligencia a la hora de conducir, puesto que el clima genera un ambiente propenso a los accidentes, y un buen padre de familia, un hombre diligente es consciente de eso y actúa en consecuencia. Si posee una discapacidad que le impide maniobrar correctamente, el estándar de diligencia le impone que se abstenga de conducir un vehículo que no posea la adaptación necesaria. Siguiendo esta lógica, no es dable sostener que corresponda flexibilizar el estándar de conducta de quien hoy es victimario por haber sido víctima en el pasado, por haber repetido conductas acostumbradas en su familia. El *"haber sido víctima" o "haber padecido un daño"* no puede considerarse un factor válido para reducir el estándar de diligencia

exigido, ni que opere como causal de exoneración o atenuación de responsabilidad del autor del daño.

Sobre el punto, cabe citar a Lorenzetti, quien argumenta que *"tomar en cuenta el módulo abstracto como el bonus pater familiae con sus diversas aplicaciones en casos particulares, no supone sino considerar un concepto de construcción probabilística, una serie de casos que dan una noción de lo que se hace habitualmente. El criterio de la normalidad puede ser válido en numerosos casos, pero puede ocurrir que la costumbre sea censurable"* (1990, p. 152).

En particular, en lo que respecta al daño intrafamiliar éste no solo puede trasmitirse sino que puede incluso consolidarse como una forma estructural de relacionarse entre los miembros de la familia, repitiéndose generación tras generación. En lugar de considerar justificado el daño que causa con su abandono o su actuar violento, bajo el argumento de haber sido víctima, el estándar de diligencia le impone adoptar medidas de prevención como lo haría una persona razonable y cuidadosa. En este caso, a modo de ejemplo, puede recurrir al apoyo profesional que le permita cumplir con sus deberes y evitar la reiteración de las conductas que lo dañaron.

Incluso se ha sostenido que el dolo o la culpa grave constituyen un umbral mínimo de admisibilidad del ilícito intrafamiliar. En tal sentido, se ha sostenido que *"el factor de imputación es la culpa grave y el dolo"*, encontrando esta justificación en que *"al interior de la familia, las relaciones entre sus miembros admiten conductas que exigen mayor margen de tolerancia. La piedad familiar y los vínculos de solidaridad y altruismo así lo exigen"* (Vivanco, 2017, p. 302).

Asimismo, Lecchini ha considerado como "*razonable"* exigir como *"requisito mínimo"* para la procedencia de la responsabilidad intrafamiliar que la conducta dañosa despliegue con "*la culpa grave"*, argumentando que este límite permitiría tutelar "*aquellas realidades sociales donde el despreciativo abandono de los deberes (…) puede derivar de bases "culturales" o de tradiciones para nada edificantes*" excluyendo de responsabilidad los casos de *"simple culpa leve"* (Lecchini, 2012).

Desde los postulados del presente estudio, se considera que la postura reseñada es de franco rechazo, ya que contraviene lo previsto por la normativa vigente así como de los principios aplicables y las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias actuales en materia de Derecho de Daños. Por otro lado, la postura criticada conduce a condonar conductas dañosas desplegadas con culpa leve, en abierta contradicción con el régimen general previsto por el sistema jurídico en materia de responsabilidad civil. Finalmente, se destaca que carece de sustento argumentativo suficiente, la piedad familiar y los vínculos de solidaridad llevarían a requerir sea desplegada una mayor diligencia en las relaciones familiares, y no a disculpar ciertas conductas a efectos de mantener la armonía familiar, como se infiere de la citada posición.

Sobre el punto se ha pronunciado la jurisprudencia española en la que, fundándose en la ausencia de norma expresa que prevea una “culpabilidad” o “responsabilidad reforzada" en materia de daños causados en el ámbito del Derecho de Familia, considera que “*se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible”* requerir que medie dolo o culpa grave para entender procedente su indemnización. Así es que en el caso en cuestión reputa culposa la conducta de la progenitora porque *“no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro (…) al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de la concepción y debió adoptar las medidas tendientes a su veraz determinación”* (sentencia SAP Barcelona de 16 de enero de 2007, conforme: Barceló, 2016, p. 292).

Es innegable que en materia de Derecho de Familia hay estándares que han cambiado trascendentalmente en pocas generaciones, lo que trae aparejado que el estándar de conducta requerido hoy en día sea sustancialmente más elevado que el exigido a generaciones anteriores. En consecuencia, muchas de las conductas socialmente admitidas en generaciones pasadas – en particular sobre el trato dispensado a los hijos- en la actualidad son repudiadas no solo socialmente, sino por la normativa vigente y también por las instituciones intervinientes en la materia. En lo que respecta al tema del presente trabajo,

específicamente puede observarse en la forma en la que se percibe a los hijos concebidos fuera del matrimonio de sus padres.

Estas posturas coliden directamente con las tendencias y principios del Derecho de Daños, postulando por una vía de exoneración de responsabilidad carente de todo sustento normativo y que conlleva que el daño sea soportado por la víctima.

Cabe destacar que estos planteamientos abren la puerta a una fuerte arbitrariedad judicial dejando librado el destino de las reclamaciones a la subjetividad del Juez del caso.

Por otra parte, debe analizarse el elemento previsibilidad del daño, que es un requisito para la configuración de la culpa. Mariño dice que el daño previsible impone el deber de prevención, la culpa se configura cuando el daño es previsible y no se despliega una conducta destinada a impedir que se produzca. El citado autor concluye que, si el daño es previsible pero no se previó habrá culpa y también la habrá cuando fue previsto pero no se actuó diligentemente para evitarlo (Mariño, 2018b, p. 469).

En conclusión, el parámetro abstracto y objetivo de conducta es indispensable para comparar la acción efectivamente desplegada por el ofensor con la exigida por el ordenamiento jurídico a los efectos de determinar si actuó diligentemente o no, y en mérito a ello, determinar si medió culpa en su actuar y corresponde asignarle responsabilidad por el daño causado. Si el agente se encuentra en una situación que acrecienta la posibilidad de ocurrencia de daños, recae sobre el mismo el deber de desplegar una mayor diligencia a efectos de impedir la concreción del daño. Esta postura se complementa con lo expuesto sobre la previsibilidad del daño, que genera el deber de actuar diligentemente para prevenirlo.

2. El dolo

En el ámbito de la responsabilidad por daños derivados de las relaciones de familia el dolo puede presentarse como factor de atribución.

El art. 1319 inc. 2 del CC prevé una definición de dolo con carácter general, aplicable tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual, definiéndolo como el actuar mediando *“intención de dañar”*, lo que se configura cuando media *“un acto voluntario dirigido a producir el daño”* (Mariño, 2018b, p. 478).

Es decir que el dolo se caracteriza por la orientación consciente de la voluntad hacia la producción del resultado dañoso, es decir, la ejecución de una conducta u omisión realizada con pleno conocimiento e intención de dañar la persona o los derechos de otro (Bustamante Alsina, 1997, pp. 337 y 338).

Cabe destacar que es en materia de responsabilidad contractual u obligacional en la que se enmarcan la mayoría de las hipótesis dañosas en el marco de las relaciones de familia. En este marco, Mariño reseña dos posturas con respecto al dolo, la que considera que el incumplimiento de la obligación, mediando intención de incumplir, configura el dolo, mientras que otra postura requiere, no solo intención de incumplir, sino también intención de dañar. En este último supuesto, si el obligado incumple intencionalmente la obligación, y se representa el daño como probable consecuencia se configura el dolo eventual, porque sabe que su conducta probablemente produzca un daño y aun así la despliega (Mariño, 2018b, p. 478).

Es decir que la definición de dolo abarca no solo al dolo directo sino también al eventual. Como sostiene Gamarra en el Derecho Positivo uruguayo, la definición de culpa y dolo resulta no solamente del art. 1319 del Código Civil sino que puede complementarse recurriendo a la previsión del art. 18 del Código Penal. Según esta norma *"el resultado que no se quiso, pero que se previó, se considera intencional*” (1981, pp. 137-141).

En efecto, el dolo eventual se configura cuando el sujeto, actúa sin buscar directamente el resultado dañoso, no tiene intención de dañar, pero previéndolo como posible mantiene su resolución ejecutando la conducta, aceptando el riesgo de que dicho resultado ocurra puesto que el daño es previsible por un hombre medio y consecuencia probable de determinada acción. Lo que

determina que se categorice como dolo, por cuanto excede un actuar voluntario pero sin intención de dañar. En tales casos no media dolo directo, porque no actúa para causar el daño, pero ante la probabilidad cierta de que su conducta cause un daño el sujeto decide llevarla a cabo en vez de desistir de ella para prevenir su ocurrencia. El daño debe ser previsible y su ocurrencia de probabilidad regular para que se configure el dolo eventual. De lo contrario, si la probabilidad es excepcional, pero previsible, se configura la culpa con representación (Mariño, 2018b, p. 481).

De esta forma, si el resultado dañoso es percibido por el agente como altamente probable –no meramente posible- e igualmente decide desplegar su conducta, entonces su comportamiento ya traspasa el umbral de la culpa configurando una hipótesis de dolo eventual. En cambio, cuando el sujeto estima que el daño es poco probable o excepcional, y pese a ello continúa con su conducta sin desear el resultado, la conducta sigue siendo culposa, aunque implique una significativa imprudencia o negligencia (Mariño, 2018b, p. 471).

La referida previsibilidad del daño se aprecia en abstracto, conforme a los parámetros de la construcción de la culpa, recurriéndose a un canon abstracto de previsibilidad: lo que es previsible para la generalidad de las personas, para cualquier individuo común o medio colocado en la misma situación fáctica que el agente (Mariño, 2018b, p. 471).

Al respecto, en el marco de la responsabilidad obligacional -ámbito aplicable al presente estudio- el incumplidor doloso es aquel que decide deliberadamente no cumplir con su obligación, se representa el resultado dañoso como consecuencia necesaria de su conducta e igualmente la despliega.

En consecuencia, el incumplimiento doloso se configura aún sin intención específica de dañar, siendo suficiente que el resultado se haya previsto por el agente en base al conocimiento de las circunstancias que rodearon el acto, aunque no medie intención de deliberada de dañar. Para apreciarlo se pondera la esfera intelectual o cognitiva del sujeto, por sobre la esfera volitiva, es decir, su conocimiento de las circunstancias en que se despliega su conducta por sobre

la intención de causar un daño con su conducta, no siendo considerada la motivación del sujeto (Mariño, 2018b,pp. 479).

IV. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN EL DAÑO CAUSADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PROGENITORES EN RECONOCER A SUS HIJOS

Con respecto a la configuración del factor de atribución específicamente en la hipótesis en estudio cabe realizar las siguientes puntualizaciones.

Puede entenderse a la obligación de reconocer como una obligación de medios o de resultados. Del relevamiento efectuado de doctrina y jurisprudencia no se han encontrado pronunciamientos sobre el punto.

Conforme entiende Gamarra, se trata de una obligación de resultado dado que la responsabilidad en que incurre el progenitor deriva de la falta del resultado, no por la falta de la debida diligencia. Esta consideración implica que no sea necesario probar la culpa, porque conforme explica el citado autor, el comportamiento diligente del obligado sin el logro del resultado no equivale a cumplimiento. Ello por cuanto, conforme señala el citado autor *"resultado es lo que satisface el interés primario o final, por oposición al interés secundario (que se consuma con la sola actividad del deudor en las obligaciones de medios)"* (1997, pp. 406 y 407). En consecuencia, cuando se alcanza ese resultado "final" al que se encuentra obligado y colmado el interés primario, no hay responsabilidad posible, porque no existe otro interés del acreedor que continue insatisfecho.

En la especie la obligación legal es una clara obligación de hacer: reconocer al hijo emplazándolo en el estado civil correspondiente. Esta obligación puede calificarse como una obligación de resultado y por tanto, no basta con una actitud diligente, si permanece inerte teniendo conocimiento de su paternidad y por tanto estando obligado al reconocimiento, hay incumplimiento y en consecuencia responsabilidad.

A la misma conclusión se arriba si se considera que el factor de atribución radica justamente en el incumplimiento de la obligación legal, que deviene voluntario cuando se adquiere conocimiento del vínculo y como consecuencia de ello, de que pesa sobre sí mismo la obligación de reconocer.

En el marco del presente estudio, y conforme se pasa a analizar, se concluye que el progenitor que, es noticiado de la posible paternidad y no despliega una actitud diligente en el cumplimiento de la obligación legal de reconocer incurre en una conducta culpable en tanto negligente, descuidada, omisa. Es decir, comparada su conducta inerte con el parámetro de conducta objetivo y abstracto del buen padre de familia, se aprecia la misma como negligente y en consecuencia culposa. De tener certeza de la existencia del vínculo, mediante la prueba de ADN el incumplimiento debe considerarse doloso, en tanto intencionalmente se abstrae del cumplimiento de la obligación legal.

3. Conocimiento e incumplimiento voluntario

Es unánime la postura en exigir un factor de atribución subjetivo para admitir la procedencia de la indemnización en la hipótesis dañosa en estudio.

En consecuencia, para que se configure el factor de atribución subjetivo, resulta indispensable que el progenitor conozca del embarazo o de la existencia del hijo, así como la probabilidad de su vínculo biológico. Es decir, que sepa que se encuentra en la situación de hecho prevista en la norma jurídica que hace nacer la obligación legal de reconocer. De modo que su inacción, ya sea que posteriormente se la califique de culposa o dolosa, debe revestir siempre la calidad de voluntaria.

Posee extrema relevancia la acreditación de la efectiva toma de conocimiento del progenitor sobre su paternidad, incluso fracasando las acciones tendientes a la indemnización que no logran acreditar este extremo (Fillia, 2020, p. 73 y 74). Una vez que el progenitor cuenta con ese conocimiento– ya se exija o no su fehaciencia- su inacción trasunta en una omisión voluntaria, configurándose el factor de atribución correspondiente. Si media intención deliberada de eludir el

cumplimiento de la obligación este factor de atribución será el dolo, de lo contrario se configura la culpa.

La jurisprudencia argentina en oportunidad de pronunciarse sobre el punto exige la para la configuración del factor de atribución subjetivo la acreditación del conocimiento de la paternidad (Cciv. y Com. 1a., Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, “A., S. G. c/ R., F. J. s/ Reconocimiento de filiación- Daños y perjuicios” y Cciv. y Com. Junín, 12-2-2000, “Felices Miriam Graciela c/ Cases Pablo Alberto s/ Filiación”; Conforme: Medina, 2002, pp. 16-17. En el mismo sentido la C. Civ. y Com. 1a., Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, —A., S. G. c/ R., F. J. s/ Reconocimiento de filiación- Daños y perjuicios conforme: Richeni et al, 2016, p. 5).

Como consecuencia corresponde eximir de responsabilidad al padre que desconocía su paternidad o la propia existencia del niño. Como afirma Medina *“la falta de culpa, en general, se producirá cuando se ignore la paternidad*” (2008, p. 124).

En suma, sobre el factor de atribución en la hipótesis dañosa en estudio se ha concluido que “*se trata de una responsabilidad subjetiva, con fundamento en la culpa o dolo del progenitor que sabiendo o debiendo saber que es padre se sustrajo a su deber jurídico”* (Blanchard, 2016, p. 794). La citada postura interesa en lo que respecta al análisis del factor de atribución para determinar cuándo se considera que el progenitor *“debe saber”* que es el padre y, por tanto, comienza su falta de diligencia y se configura el factor de atribución.

Para determinar si medió conocimiento del progenitor, como se argumentará en profundidad más adelante, deberán analizarse las circunstancias, tanto del momento de la concepción, como las posteriores. Sin perjuicio de que el hecho ilícito recién habrá de configurarse cuando al nacer el hijo el progenitor omita reconocerlo, momento en que nace el derecho del hijo a ser reconocido y, por tanto, resulta violentado con la omisión del progenitor. No es dable admitir la existencia del factor de atribución en forma previa a la efectivización del ilícito dañoso.

4. Determinación del conocimiento de la paternidad

Es esencial partir de la premisa de que la conducta humana que da lugar a la responsabilidad, tanto por acción como por omisión debe radicar en un comportamiento humano voluntario.

El punto es de especial relevancia, por cuanto el análisis doctrinario y jurisprudencial revela posturas dispares respecto del nivel de conocimiento exigido para la configuración del factor de atribución, es decir, sobre cuándo se considera que el progenitor ha tomado conocimiento de su paternidad lo que redunda en la configuración de su responsabilidad.

Entonces, corresponde precisar qué se entiende por "conocimiento", advirtiéndose una gradación relevante al respecto. Las preguntas claves son: *¿cuándo el progenitor adquiere efectivo conocimiento de su paternidad? y ¿por qué medios?*

Se identifica una postura en el voto en discordia de Silberman en la Sentencia No. 270/2007 del TAF de 2º Turno, que exige la efectiva notificación de la demanda de investigación de la filiación.

Por otra parte, en la referida sentencia la mayoría de ese mismo tribunal (Pérez Manrique, Cantero y Maggi; Sentencia TAF 2º T No. 270/2007, de fecha 3 de octubre de 2007) exige un estándar aún más estricto: requiere un conocimiento indubitable y fehaciente del vínculo biológico, logrado por el resultado positivo del estudio de ADN.

En este sentido también se ha pronunciado Legnani, quien destaca que para entender configurado el factor de atribución debe mediar certeza de la paternidad la que se alcanzaría con el resultado positivo de la pericia de ADN (2017 B, p. 1204). A su vez ha afirmado el citado autor que la obligación de reconocer nace solo desde que existe certeza de la paternidad mediante la prueba de ADN, en definitiva cuando se le notifican los resultados de la misma (Legnani, 2017, p. 8).

En la misma línea, Rivero de Aranchet sostiene que la responsabilidad civil surge cuando se incumple con el deber de reconocer pero *"a partir del momento en el cual el progenitor tiene la certeza de ser el padre de ese hijo, incumplimiento que según la prueba que se aporte estará teñida por el dolo si ha existido intención de dañar o por culpa en caso de faltar dicha intención"* (2008, p. 151). Posteriormente, agrega la citada autora que *"la responsabilidad se extiende desde la prueba científica indubitable"* (Rivero de Aranchet, 2008, p. 154).

Asimismo, Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, afirman que al hijo —o a la progenitora durante la minoridad de aquel— no solo le corresponde poner en conocimiento al presunto progenitor o iniciar el reclamo de emplazamiento filial, sino también acreditar ante él la *"certidumbre de su paternidad*". Las citadas autoras consideran que la responsabilidad del progenitor únicamente nace cuando el vínculo biológico ha sido comprobado mediante prueba científica de ADN, ya que, frente a la incertidumbre consideran que el progenitor tiene derecho a abstenerse de reconocer (Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, 2010, p. 32).

Por tanto, cabe concluir que acorde a esta postura el conocimiento fehaciente o cierto de la paternidad, opera como un requisito para la configuración del factor de atribución en la omisión paterna, porque teniendo plena certeza de su paternidad no reconoce a su hijo. A tales efectos se alcanza con las resultancias de la prueba biológica y de allí deriva necesariamente una conducta culposa o dolosa del progenitor que se mantiene incumplidor.

Se disiente con esa postura por entender que no corresponde exigirse al hijo la acreditación de la certeza absoluta del vínculo biológico como condición para la responsabilidad paterna. Por el contrario, corresponde exigirle al progenitor la adopción de una conducta diligente frente a una noticia de su plausible paternidad. La diligencia debida en estos casos implica que, ante una sospecha fundada o una manifestación concreta que le atribuya tal vínculo, el progenitor debe desplegar una conducta diligente y despejar las posibles dudas, recurriendo a la prueba científica de ADN. Permanecer en la inacción frente a

tales circunstancias no resulta compatible con el estándar del buen padre de familia, ni con el principio de prevención del daño.

Cabe destacar que, acorde a la postura contraria antes citada de Ramos Cabanellas, no es necesario el emplazamiento en el estado civil de hijo a los efectos del nacimiento sobre el padre de los deberes inherentes a esta calidad y la consecuente responsabilidad en caso de incumplirlos. En tales hipótesis, considera que habrá responsabilidad cuando medie vínculo biológico y conocimiento *"cierto e indudable"* de la paternidad. Es decir, que los deberes inherentes a los progenitores no requieren del emplazamiento para su nacimiento, sino que basta la filiación *"meramente biológica"* siempre que conozca la existencia del vínculo requiriéndose que haya tomado conocimiento de forma cierta e indubitable (2008, p. 170).

Resulta relevante señalar que dentro de su postura, Ramos Cabanellas aunque exige un conocimiento "cierto e indudable" del vínculo biológico para la configuración de la responsabilidad del progenitor, sin embargo no condiciona el nacimiento de los deberes inherentes a la calidad de padre al emplazamiento en el estado civil de hijo. Es decir, admite expresamente que tales deberes se derivan de la filiación *"meramente biológica"*, siempre que el progenitor tenga conocimiento cierto e indubitable de ella (Ramos Cabanellas, 2008, p. 170).

La jurisprudencia uruguaya, se ha pronunciado sobre el punto, sosteniendo que ante la falta de certeza sobre el vínculo biológico y mediando una duda legítima por parte del presunto progenitor respecto de su paternidad, no se configura el factor de atribución subjetivo. En este caso no se valora su conducta como culpable, aun cuando hubiera tenido noticia de su presunta paternidad, en tanto no existía certeza hasta la obtención del resultado positivo de la prueba de ADN, producida en el marco del juicio de investigación iniciado por la hija (Sentencia No. 270/2007 de fecha 03/10/2013 dictada por el TAF de 2º Turno; Pérez Manrique -r-, Cantero, Maggi, Silbermann). En definitiva, el tribunal convalida la conducta culposa del progenitor estimando que es recién cuando media una indubitada certeza de su paternidad que se configura la culpa.

Por otra parte, en el referido antecedente jurisprudencial en su discordia del Dr. Silbermann plasma la posición de que la culpa del progenitor nace *"desde el momento en que fue emplazado en el juicio de investigación, habiendo admitido al contestar la demanda, haber tenido con la madre de la actora reiteradas relaciones carnales (…) la actuación de la ley al caso concreto, conllevaba imperativos de conducta exigibles a todos los partícipes del proceso; buena fe y lealtad en la que la instrumentalidad del proceso está solo concebido al servicio de la efectividad de los derechos sustanciales"*. En consecuencia, considera el magistrado discorde que la culpa se configura cuando en lugar de precipitar la resolución del conflicto poniendo a su alcance voluntad y medios materiales, disposición y realización sin dilaciones de la prueba de ADN, contestó la demanda oponiéndose por motivos formales y llevó el juicio a las tres instancias posibles, sin contemplar la evidencia de la veracidad del vínculo con la actora. Postura que confunde el factor subjetivo de atribución con otros ilícitos cometidos por el progenitor como el abuso de las vías procesales.

Por el contrario, algunos criterios doctrinarios y jurisprudenciales han ido perfilando una noción amplia y contextual del conocimiento del vínculo biológico. Para ello se ha recurrido a la valoración de varios factores, como las circunstancias en que tuvo lugar la concepción, la naturaleza y continuidad de la relación entre los progenitores, la eventual posesión de estado, así como el comportamiento del presunto padre durante el proceso judicial, particularmente su colaboración —o falta de ella— con la producción de prueba. En ciertos casos, el conocimiento de la paternidad se infiere de las propias conductas del progenitor.

Se ha argumentado por la jurisprudencia argentina que el conocimiento de la paternidad *"puede inferirse del trato de hijo que otorga el padre, de la convivencia concubinaria con la madre, etc.; recayendo sobre la actora la carga de probar que el demandado conocía y sabía de su paternidad"*, y se concluye como requisito que se acredite el conocimiento del embarazo o nacimiento para la configuración de la culpa mediante diversas circunstancias (Corte de Justicia de

San Juan, Sala Primera, 24/11/2006, "G., M. G. c. A., R. - Filiación - inconstitucionalidad", P.R.E. S.1° - 2006-III-446; citada por Rugna, 2008, p. 7).

Así también lo destaca Pizarro, para quien la conducta del progenitor durante el proceso, obstaculizando su transcurso o negándose a practicar el examen de ADN, permiten considerar acreditado el conocimiento del padre de su posible paternidad (Pizarro, 2006, p. 115, conforme: Montecinos Grau, 2011, p. 81).

La valoración en forma conjunta de las circunstancias permite acreditar un conocimiento -al menos probable- del vínculo biológico, lo que es suficiente para requerir un comportamiento diligente al progenitor. La negativa infundada a someterse a pruebas científicas o la obstrucción durante el proceso judicial deben interpretarse como indicios que revelan la voluntad reticente a asumir la responsabilidad parental, lo que refuerza el carácter voluntario -e incluso intencional- de la omisión.

Resulta admitido que el progenitor invoque dudas sobre la existencia del vínculo biológico, cuando se sustenten en fundamentos razonables incluso pueden enervar la responsabilidad por daños. Ordoqui cita como ejemplos la esterilidad del hombre o los múltiples compañeros sexuales de la madre, así como impedimentos legales (Ordoqui, 2012, p. 424).

En línea con la postura que se propugna, Borda explica que la denominada *“exceptio plurium concumbentium”* -la circunstancia de que la progenitora haya tenido relaciones sexuales con otro u otros hombres durante la época de la concepción- ha perdido relevancia en la actualidad debido a los avances científicos que ofrecen certeza en materia de determinación biológica de la paternidad (2008, p. 72) . Sin embargo esta excepción conserva un cierto interés, en algunos casos excepcionales, cuando la incertidumbre sobre su vínculo biológico surja de manera razonable, por ejemplo porque la madre tuvo otras parejas sexuales dentro del período de la concepción. Sin perjuicio de aclarar que no se trata de juzgar la conducta sexual de la madre que carece de incidencia sino en la posibilidad de que otra pareja sea el progenitor (Borda, 2008, pp. 73-74).

El citado autor concluye que no se configura la culpa cuando la negativa a reconocer al hijo resulta *“razonable”*, en particular si el presunto progenitor se somete voluntariamente a la prueba biológica y se allana a sus resultancias. En tal caso, considera que no puede reputarse configurada la falta de la debida diligencia (Borda, 2008, p. 82).

Cabe destacar que aun dentro de estas posturas más restrictivas en cuanto a la atribución de responsabilidad, se ha admitido que dicha exoneración de responsabilidad no resulta procedente si el progenitor se negó a la realización de las pruebas biológicas, en tanto esa conducta evidencia una falta de colaboración y de diligencia mínima exigible (Rugna, 2014, p. 7).

Por su parte, Molina condiciona la invocación de la *"exceptio plurium concumbentium"* como eximente de responsabilidad a la individualización de los eventuales progenitores y su citación al juicio, o bien se acredite la existencia de otras relaciones de la madre contemporáneas a la concepción que fundamenten las dudas sobre la alegada paternidad. Asimismo, requiere la imposibilidad de practicar un examen genético para despejar tales dudas, ya sea por falta de medios económicos o por negativa de la progenitora (2012, p. 3).

En efecto, no basta con invocar una duda genérica o un reproche moral hacia la conducta sexual de la progenitora, para desplazar la responsabilidad paterna. Sino que se exige una base fáctica concreta que haya generado una duda razonable y sea contemporánea a la concepción. A falta de ella, el deber de obrar con diligencia permanece incólume, y la negativa infundada a reconocer al hijo configura un incumplimiento de la obligación legal.

No obstante, tales dudas razonables no resultan por sí solas suficientes para exonerar de responsabilidad al progenitor, sino que se le exige una conducta diligente – proactiva- tendiente a disipar la incertidumbre sobre el vínculo biológico. Así, ante la imputación de la paternidad efectuada por la progenitora o el propio hijo, corresponde que el progenitor se someta a un análisis de ADN a efectos de determinar de forma certera su paternidad.

Por otro lado, de no existir relaciones sexuales de la progenitora con otros hombres durante el período de la concepción, no puede alegarse la existencia de una duda razonable por parte del presunto progenitor respecto de su paternidad. En estos casos, cabe concluir que existe certeza -o al menos una fuerte probabilidad- del vínculo biológico. El ejemplo más claro se da cuando ambos mantenían una pareja estable, monogámica, durante la época de la concepción.

Por el contrario, la duda razonable sobre la paternidad podría considerarse fundada cuando entre los mismos no existía una relación con características de estabilidad, exclusividad o compromiso, o bien cuando la progenitora mantenía un vínculo de esa naturaleza con un tercero –incluso concubinaria o matrimonial- que pudiera ser el progenitor del niño. En estos supuestos, el margen de incertidumbre adquiere cierta relevancia para valorar la diligencia exigible al presunto padre.

Incluso se ha considerado como imprescindible analizar la conducta asumida por el demandado en el marco del proceso de filiación, especialmente en atención a la eficacia probatoria que reviste el examen genético en este tipo de procesos. En tal sentido, el presunto progenitor debería someterse a los estudios médicos necesarios a fin de disipar toda incertidumbre vinculada a su eventual paternidad (Ludueña, Maglieri y Elisi, 2015, p. 4).

La jurisprudencia española ha sostenido en hipótesis similar que el progenitor que duda de su paternidad *"debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primer momento"* de lo contrario su conducta es gravemente negligente (sentencia SAP Barcelona de 16 de enero de 2007, conforme: Barceló, 2016, p. 292).

Cabe destacar que la normativa en materia de acciones de estado en ningún punto requiere, para su procedencia, que la toma de conocimiento revista las características de certeza o fehaciencia. En tal sentido, el art. 218 del CC prevé el plazo para iniciar la acción de impugnación de estado de hijo legítimo un año a contar desde que el progenitor tomó conocimiento del nacimiento cuyo vínculo

se le atribuye. A los efectos del referido artículo, la toma de conocimiento -si bien debe ser probada- no requiere solemnidad ni condición alguna, de lo que emerge la siguiente interrogante: ¿por qué se lo requiere a efectos de entender constituida la culpa ante la omisión paterna en reconocer?

En efecto, para acreditar que el progenitor tenía conocimiento o al menos una sospecha fundada de su paternidad, no corresponde requerir formalidad alguna, ni el inicio de las acciones judiciales de investigación de la filiación, ni aguardar a la notificación del resultado de la prueba de ADN, por cuanto nuestra legislación no prevé en las normas relativas al estado civil formalidad alguna en la toma de conocimiento, y por tanto tampoco corresponde requerirlas para el nacimiento de la responsabilidad del progenitor por incumplir con su obligación legal de reconocer.

En consecuencia, de conocer el padre biológico de la existencia del embarazo o nacimiento de un niño, hijo de una mujer con la que mantuvo relaciones sexuales en período cercano a la concepción, media lo que se considera una *sospecha fundada*, es decir, *puede y debe sospechar* que es su hijo y en consecuencia nace la obligación de desplegar conductas diligentes tendientes a la verificación del vínculo, más aún cuando es así indicado por la progenitora o el hijo. A tales efectos, la sola comunicación por cualquier medio es suficiente para el nacimiento de la obligación de verificar el vínculo.

En definitiva, ante la imputación de paternidad realizada por la progenitora o el hijo, y existiendo una probabilidad razonable – o sospecha fundada- de que exista el vínculo biológico, se considera que el progenitor adquiere conocimiento suficiente de su posible paternidad. Dicho conocimiento aun mediando dudas sobre la certeza, genera el deber de desplegar una conducta diligente destinada a disipar la incertidumbre sobre el vínculo.

En la línea propugnada en este trabajo, reciente doctrina argentina ha sostenido que habrá responsabilidad del progenitor cuando *“por negligencia o falta de colaboración, se obligue al hijo a promover la acción”,* es decir cuando medie un emplazamiento involuntario del hijo en esta calidad, promovido por él o por su

madre en su representación (Fillia, 2020, p. 73). Esta afirmación se alinea con los postulados del presente estudio, en cuanto no resulta procedente exigir que hijo promueva acciones judiciales para considerar que el progenitor ha adquirido conocimiento del vínculo.

Sin embargo, no solo se configurará la culpa cuando *"se obligue al hijo a promover la acción"* para ser emplazado en el estado civil correspondiente, sino que, lo será también cuando, aun mediando reconocimiento voluntario del progenitor, el mismo es tardío y tal demora ocasionara daños. En estos casos, existirá culpa en la demora en la ejecución de su obligación y será pasible de responsabilidad civil por los daños que ésta le haya irrogado al hijo.

Sobre esta línea, Gregorini Clusellas expone que la diligencia requerida al progenitor radica en procurar *"cerciorarse tempranamente de su paternidad y actuando diligentemente en consecuencia, habría provocado un menor agravio moral que el derivado de exigir a la hija litigar (…) y recién obtener su emplazamiento* (por vía) *judicial"* (2007, p. 68). La citada afirmación agrega un fundamento más a la postura propugnada, el deber de actuar diligentemente a fin de morigerar el daño, es decir, buscar activamente la confirmación del vínculo biológico dubitado, no aguardar pasivamente el eventual inicio de la acción emplazatoria.

Esta solución se ajusta a los principios rectores del Derecho de Familia, así como a los del Derecho de Daños, en particular los de buena fe, prevención y morigeración del daño, resultando inadmisible exigir la certeza absoluta del vínculo biológico como condición para entender configurada la culpa.

Sobre el punto, la doctrina argentina ha concluido que la responsabilidad del progenitor se le imputa cuando "*no justifique un error excusable que pueda obstar a la culpabilidad de la persona que, finalmente, resulta ser judicialmente el padre o la madre de ese hijo que reclama y acciona por su derecho a la identidad"* (Yungaro, 2000, p. 182 y 183).

En conclusión, el progenitor adquiere efectivo conocimiento del vínculo cuando le es imputado, es decir, le es comunicada su paternidad por cualquier medio por cualquier persona.

No se prevé formalidad ni requisito alguno, pudiendo ser acreditado por cualquier medio de prueba admisible en juicio y que logre acreditar, incluso a través de indicios, que el presunto padre mantuvo relaciones sexuales con la progenitora en la época de la concepción y tuvo conocimiento de la existencia del hijo o del embarazo. Es decir, que tuvo una sospecha fundada de su posible o probable paternidad, entendida ésta como posibilidad fundada en extremos de hechos que la sustenten.

No se requiere certeza absoluta, por medio de la prueba de ADN, sino que la referida sospecha fundada hace nacer en la esfera jurídica del progenitor el deber de actuar con la debida diligencia y desplegar conductas activas para determinar si el vínculo biológico que sustenta su obligación legal existe.

5. Configuración del factor de atribución

A continuación se realizaran las siguientes consideraciones con respecto a la configuración del factor subjetivo de atribución en el tema objeto de este estudio, es decir, en los daños causados por la omisión de reconocer a los hijos biológicos.

La jurisprudencia española ha sostenido, en hipótesis dañosa similar, que la negligencia se da por la conducta que ocasiona la concepción de los hijos y, posteriormente, media un actuar doloso en la ocultación del vínculo biológico real, con lo cual, aunadas ambas conductas dan lugar a la responsabilidad por el daño ocasionado (Audiencia Provincial de Valencia, conforme: Barceló, 2016, p. 290). En este sentido se ha considerado que la negligencia se configura por no desplegar las conductas tendientes a prevenir el embarazo en el marco de un vínculo sexual mantenido fuera del matrimonio, mientras que el dolo se da por ocultar de forma deliberada la verdadera paternidad (Barceló, 2016, p. 291). De acuerdo con esa postura, pareciera que la responsabilidad se atribuye por la

concepción de un hijo extramatrimonial en sí misma considerada, y no por la imputación de la paternidad de ese hijo a otro hombre, que no es su padre biológico.

Se discrepa con esta postura, por cuanto la concepción no da lugar a responsabilidad civil ya que el hecho ilícito radica en la omisión de reconocer, o bien en ocultar la paternidad, no en la concepción en sí misma.

Por el contrario, la culpa habrá de configurarse, no por mantener relaciones sexuales de forma imprudente -sin los correspondientes métodos anticonceptivos-, no por haber concebido un hijo fuera del matrimonio, sino porque una vez concebido y nacido el hijo, el progenitor incumple su obligación de reconocimiento, conociendo su paternidad o bien teniendo una sospecha fundada que hace que deba actuar diligentemente y descartar o confirmar el vínculo. Este punto se ha confundido con la ilicitud de la conducta, lo que fue analizado de forma exhaustiva en el capítulo respectivo a la antijuridicidad de la conducta.

En este sentido, Bíscaro afirma que *"mantener relaciones sexuales no está prohibido por la ley, pero tiene una probable consecuencia: la procreación. Esto conlleva la obligación de emplazar a ese niño en el estado de familia que le es debido a su realidad biológica* (1999, p. 438).

Sobre esta misma línea también se ha pronunciado la jurisprudencia argentina que *"se trata de una responsabilidad subjetiva, no porque se exija culpa en el acto de la gestación, sino en la negativa al reconocimiento"* (C. Civ. y Com. 1a., Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, —A., S. G. c/ R., F. J. s/ Reconocimiento de filiación- Daños y perjuicios conforme: Richeni et al, 2016, p. 5).

Se concluye entonces que la configuración de la culpa se dará necesariamente cuando una vez nacido el hijo se omita -con fundada sospecha de la existencia del vínculo- su reconocimiento y no antes, por cuanto el nacimiento del hijo hace nacer la obligación de reconocer y marca el comienzo del hecho ilícito que se analizó en el capítulo respectivo.

V. LA CULPA COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN EL DAÑO CAUSADO POR LA OMISIÓN DE LOS PROGENITORES EN RECONOCER A SUS HIJOS.

Con respecto a la culpa como factor de atribución, y en particular al parámetro de diligencia exigido, se realizan las siguientes consideraciones.

Conforme a lo antes expuesto, se requiere en forma unánime que medie conocimiento de la existencia del embarazo, parto o nacimiento del hijo y del vínculo biológico con el mismo. Una vez acreditado el conocimiento del progenitor, debe analizarse el parámetro o estándar de diligencia exigido para que su conducta configure un incumplimiento culpable.

En la hipótesis en estudio, el estándar de diligencia requerido al progenitor no reviste exigencia superior a la media, especial o calificada, ni tampoco atenuada. El parámetro de conducta es el de la diligencia debida, la esperable de parte del buen padre de familia, la cual, según plantea Mariño, implica la adopción de medidas de prevención del daño como una persona cuidadosa y razonable (2021, p. 629).

La doctrina argentina ha sostenido que incurre en responsabilidad no solo quien sabiendo que ha engendrado un hijo omite reconocerlo, sino también quien ante la demanda de filiación no contribuye a despegar las dudas que razonablemente pueda albergar sobre el vínculo filial que se le atribuye y a quien no colabora con la realización de las pruebas biológicas y a su vez suma la dolosa obstrucción del proceso (Yungaro, 2000, p. 182 y 183).

Conforme a lo antes expuesto el estándar de diligencia debido es más exigente que meramente aguardar a ser emplazado por su hijo y someterse pasivamente a las pruebas científicas para determinar su vínculo biológico. No requiriéndose al hijo el inicio del proceso de investigación de la paternidad para que el progenitor proceda activamente a despejar las dudas que pueda legítimamente tener sobre su paternidad, la configuración del factor de atribución – en la mayoría de los casos- es previa e independiente del inicio del proceso de

investigación de la paternidad y de la conducta desplegada en el mismo. Sin soslayar que esta última puede ser analizada a efectos de determinar si se ha configurado el dolo en el actuar del progenitor.

Esta postura plasma lo previsto en el art. 1344 del CC que establece que el obligado queda sujeto *"a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve"* para el cumplimiento de la obligación en concordancia con lo previsto por el art. 1342 del CC que prevé que el deudor debe los daños y perjuicios cuando no *"justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable."*

Sin embargo, a criterio de la doctrina española *"es exigible que se pongan los medios necesarios para determinar de una manera veraz la paternidad (…) No hay motivo (y no lo es la circunstancia familiar) para limitar la responsabilidad a los casos en los que se conoce la verdadera paternidad (dolo) o no se conoce, pero es altamente probable que el hijo no sea del marido y sólo una persona extremadamente descuidada lo ignoraría (culpa grave)"* (Barceló, 2016, p. 300). En definitiva, si se conoce la paternidad y aun así se oculta o se emplaza al hijo en otro estado civil diverso al correspondiente, mediaría dolo del agente de tales conductas, de lo contrario mediando fundada sospecha o probabilidad, en el plano de la culpa, y en consecuencia en ambos casos se configura un factor de atribución que acarrea la responsabilidad del progenitor por el daño causado.

En efecto, en el derecho uruguayo, el parámetro exigido no puede ser nunca el de culpa grave o dolo a efectos de que opere la indemnización del daño en la hipótesis en estudio. Por el contrario, debe requerírsele a todos quienes despliegan conductas dentro del ámbito de las relaciones de familia la mayor diligencia, por así ameritarlo los derechos involucrados.

Sobre el factor de atribución exigido se ha pronunciado la jurisprudencia uruguaya, en sentencia No. 52/2013 de fecha 18 de setiembre de 2013 sostuvo el TAF de 1er Turno que lo identifica con *"ese comportamiento contrario al del buen padre de familia, desajustado a la norma, que con intención o bien con*

culpa (no actuación de acuerdo con los parámetros de un buen padre de familia para la evitación del daño)".

Sobre el punto, Ordoqui estima que a los efectos de la determinación del factor de atribución, no existe norma especial para los daños causados en el marco de las relaciones de familia pero *"el modelo de conducta exigible es típico acorde a las exigencias de la vida familiar"*. Es así que para determinar el estándar de conducta exigible remite a los principios Europeos de Responsabilidad Civil, en su art. 4102, que establece que *"el estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate (…) de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y el costo de las medidas de precaución y de los métodos alternativos"* (2012, p. 365).

Este análisis resulta acorde con la postura de Mariño sobre la culpa en el Derecho Civil uruguayo, cuya definición se encuentra en el art. 1344 del CC, que prevé como regla general el parámetro de conducta exigido: diligencia del buen padre de familia, mientras que en su inciso 3 establece que la diligencia debida varía acorde a la naturaleza del contrato o conjunto de circunstancias en los casos especialmente previstos por este Código (2018b, p. 472).

Si bien no existe norma expresa que varíe la diligencia requerida en la hipótesis en estudio, debe valorarse el parámetro de conducta exigible considerando el valor de los intereses protegidos. De esta forma, por un lado, se ponderan los derechos personalísimos e indisponibles, en los que se encuentra involucrado el interés público, el estado civil y la identidad del hijo, así como los demás derechos que el emplazamiento trae consigo: nacimiento de la patria potestad, derechos sucesorios, alimentos. Por otro lado, con respecto al costo de las medidas de precaución: valor del estudio del ADN en caso de sospechar de la veracidad de la imputación que en la actualidad es accesible sin formalidad alguna en laboratorios privados y a un bajo costo.

Sostiene Lorenzetti que existe un parámetro de racionalidad económica en la configuración de la culpa, es así que cuando la prevención del daño es de bajo costo le es imputable la negligencia al autor de la conducta si no despliega esta conducta a fin de prevenir el daño (1990, p. 151). Trasladando el razonamiento al tema objeto del presente estudio, se considera que corresponde requerirle al progenitor que despliegue una conducta diligente a los efectos de prevenir el daño, y en consecuencia despeje las dudas sobre su posible paternidad, de lo contrario incurrirá en culpa siempre que se acredite la existencia del vínculo, lo que sucederá posteriormente durante el juicio de investigación de la paternidad o bien la acción por daños y perjuicios. Conforme se expuso ut supra, en el contexto actual la onerosidad del estudio de ADN reviste un mínimo costo a fin de evitar un grave menoscabo acorde al criterio de un hombre medio razonable o un buen padre de familia.

Bíscaro -en similar sentido- identifica la culpa del progenitor con la negativa a colaborar para confirmar el vínculo biológico con el hijo, y concluye que se configura la culpa cuando *"ha mantenido relaciones con la madre en la época de la concepción, se niega a prestar su colaboración a efectos de determinar la paternidad que se le reclama"* (1999, p. 438).

Asimismo, Ordoqui refiere a que la culpa se configura cuando conoce del embarazo o parto del hijo y niega su paternidad, o bien se niega a someterse a las pruebas científicas para su determinación, afirma que *"se puede incurrir en responsabilidad por omisión, sea en reconocer o sea de someterse a las pruebas que puedan acreditar la paternidad"* (2005, p. 42).

En suma, estas posturas no le requieren al progenitor una conducta activa para entender su conducta como diligente, sino que rebajan el estándar requerido al progenitor, esto es: una actitud pasiva, aguardando el inicio de acciones judiciales, de mera colaboración para determinar la paternidad. Esto le es exigido durante el proceso en virtud del estándar del buen litigante, buena fe y lealtad procesal, para el caso contrario se prevén sanciones, esto es, cuando medie de falta de colaboración o conductas abusivas durante el proceso.

Cabe recordar, conforme ya se expuso que la colaboración en el proceso no puede considerarse atenuante o eximente de responsabilidad como se ha postulado. En tal sentido se afirma que la *"colaboración en el proceso no constituye un atenuante de su responsabilidad (…) si años después el progenitor se somete a la prueba biológica y supedita el reconocimiento al resultado de aquélla, en un proceso que debió iniciarse justamente porque no existió un reconocimiento espontáneo de su parte, no puede verse beneficiado, borrándose o atenuándose la responsabilidad primigenia".* Se concluye que *"el deber de colaboración en el proceso por parte del demandado lo beneficia a él, toda vez que él debería ser el más interesado en despejar todas las dudas sobre su supuesta paternidad (…)* (la*) colaboración no debe extrapolarse como atenuante de la responsabilidad de haber privado al niño de un emplazamiento familiar completo"* (Culaciati, 2009, p. 2).

Sobre la previsión sostiene Mariño que es un presupuesto de la culpa, si el daño es previsible y no lo previno se configura la culpa, y si fue previsto pero no se adoptó una conducta diligente para evitarlo también se configura un actuar culposo. Es decir, ante el daño previsible se le impone al sujeto el deber de prevenir, desarrollando una conducta destinada a impedir que se produzca y concluye *"el daño previsible impone la prevención; la culpa existe si opera el deber de prevenir"* (2018b, p. 469). En la hipótesis dañosa en estudio, el daño por la omisión en el emplazamiento resulta indiscutiblemente previsible y en consecuencia, media culpa del progenitor cuando teniendo una fundada sospecha de su paternidad no despliega una conducta diligente para prevenir el daño, despejando la incerteza de su paternidad. Esta sospecha fundada puede darse con la noticia del nacimiento del hijo y la imputación de su paternidad por la progenitora por cualquier medio.

Se concluye en que no resulta necesario el emplazamiento formal, la notificación de la demanda de investigación de la paternidad, para entender que pesa sobre el progenitor el deber de desplegar una conducta diligente a efectos de determinar su paternidad. Sino que, por el contrario, la noticia del nacimiento o embarazo sumada a la posibilidad del vínculo biológico, por haber mantenido

relaciones sexuales con la progenitora en la época de la concepción, hacen nacer el deber de prestar una conducta diligente a efectos de determinar su paternidad, de mantenerse omiso incurriría en una conducta culposa por no desplegar una conducta tendiente a confirmar o descartar el vínculo biológico que se le atribuye. En caso de mantenerse pasivo, aguardando el inicio de acciones por la madre o por el hijo, incurre en una conducta negligente y, por tanto, culposa. A su vez, en caso de que pueda asignársele intencionalidad podrá ser reputada de dolosa, sea de forma directa o eventual.

En definitiva, los parámetros de valoración de las conductas deben actualizarse conforme a los medios en los que se evalúan. En la actualidad el otrora referido como el *"misterio de la paternidad"* es muy fácilmente dilucidable mediante pruebas de ADN accesibles a cualquiera que lo solicite en laboratorios privados y a un bajo costo. Sobre este aspecto se pronuncia Ramos Cabanellas afirmando que *"el deber de reconocer no implica que el hijo deba presentar a su padre una prueba de ADN, sino que implica además la colaboración del progenitor para lograr la certeza de su paternidad y así cumplir con el deber que le impone la ley"* (2021, pp. 647).

Con respecto a la apreciación de la culpa, las Dras. Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas concluyen que para evaluar la conducta del autor del daño hay que tomar en cuenta los parámetros o estándares de conducta como el del buen padre de familia, siendo el Juez el que tendrá en cuenta ese *"bonus pater familias"* o sea ese modelo estándar que surge de una época determinada, por lo que, sin llegar a considerar exclusivamente los antecedentes de cada individuo particular, se podrá identificar un *"padre medio"* que responda a determinadas características (Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas , 2012, p. 76).

Sobre el punto, la doctrina española ha estimado que la línea argumental a seguir debe ser que la diligencia exigible sea la del buen padre de familia, adaptada a las circunstancias del caso. En definitiva este modelo ideal abstracto *"necesita ser adaptado a las particularidades del supuesto enjuiciado como son la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar"*, juzgando *"los intereses y bienes protegidos, las cualidades de dañador y dañado,*

que son factores importantes para la adaptación del modelo abstracto" (Barceló, 2016, p. 297 y 298). En definitiva, los tribunales deben apreciar la diligencia desplegada conforme a los parámetros y el estándar de la diligencia de un buen padre de familia. Este es el criterio legalmente previsto en forma general para la responsabilidad por daños y no existe norma especial en materia de daños en las relaciones de familia, por lo que no corresponde realizar distingo alguno al interprete.

Es así que, tomando en cuenta la época actual, la accesibilidad actual de los medios necesarios para adquirir un grado indiscutible de certeza sobre el vínculo biológico, se concluye que integra el estándar de conducta del buen padre de familia el adoptar una conducta diligente a los efectos de corroborar esta imputación de paternidad y proceder al cumplimiento de sus deberes conforme lo exige la normativa. Es decir, la actitud diligente que se le requiere al progenitor, dado el contexto actual, es de mínimo gravamen especialmente contrastándose con la relevancia de la imputación y los deberes que apareja.

De ponderarse adecuadamente el valor de los intereses protegidos, derechos personalísimos del hijo, así como las consecuencias patrimoniales, la importancia y protección conferida a la familia como institución, solo cabe concluir que la relación de proximidad o de especial confianza entre los miembros de la familia no puede servir como argumento para flexibilizar las normas de responsabilidad civil a los efectos de menguar o dificultar las reparaciones de los daños. Por el contrario, se concuerda con quienes aducen que la ponderación de tales factores debiera redundar en una mayor exigencia de diligencia en el ámbito familiar (Barceló, 2016, p. 299).

En apoyo a la postura que se sustenta en el marco del presente estudio, se señala que la culpa se encuentra en el incumplimiento, es decir, un acto pasivo del sujeto que adquiere relevancia jurídica porque se incumple una obligación legal que le impone actuar de una determinada forma. Conforme lo postula Ordoqui *"la omisión no adquiere relevancia en el mundo del ser o fáctico, sino que se aprecia sólo desde una perspectiva axiológica o valorativa en relación con el cual debió ser la conducta que no se asumió"* (2023, pp. 127).

Conforme a la perspectiva postulada en el presente estudio no corresponde requerir una conducta meramente pasiva al progenitor omiso. Por el contrario, ante la toma de conocimiento – aún indiciaria- de su posible paternidad, mediará culpa sino despliega una conducta diligente y activa en determinar su vínculo biológico. Es decir, ante la sospecha o la mera notificación extrajudicial del nacimiento o de su presunta paternidad, se le impone al progenitor desplegar conductas activas tendientes a determinar su vínculo con el niño, en definitiva deberá procurar él mismo practicar las pruebas biológicas.

El antecitado Tribunal español ha sostenido en hipótesis similar al objeto del presente estudio, el progenitor que duda de su paternidad *"debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primer momento"* de lo contrario su conducta es gravemente negligente (sentencia SAP Barcelona de 16 de enero de 2007, conforme: Barceló, 2016, p. 292).

En consecuencia, solo mediará exoneración de responsabilidad cuando no se pueda probar que tuviere conocimiento de la existencia del niño, se le hubiere imputado la paternidad a un tercero, o ya descartado el vínculo mediante la prueba biológica.

Cabe destacar que, se ha afirmado que la culpa se configura cuando conociendo su paternidad la niega o bien cuando evade someterse a las pruebas científicas para su determinación (Ordoqui, 2012, p. 424). En realidad la negativa activa del progenitor, ya sea hacia su hijo, como hacia el proceso de investigación de la paternidad, delata el dolo en su accionar, y no la culpa, pues implica un actuar orientado a evadir el cumplimiento de su obligación, lo que denota una intención deliberada de incumplir con su obligación legal de reconocer al niño, de lo que se extrae que si la conducta activa de obstaculizar el proceso constituye dolo para evitar el emplazamiento en el estado civil, entonces la mera pasividad constituye una falta de diligencia.

Cabe destacar que tan negligente es incumplir la obligación legal de reconocimiento, como reconocer un hijo sin certeza de la paternidad, por tanto

ante la duda la conducta diligente implica disiparla, no meramente reconocer al hijo.

Sobre el punto, Medina invocando conclusiones arribadas en congresos y jornadas, entiende que *"debe atribuirse responsabilidad a quien no pueda justificar error excusable"* (2002, p. 150). Afirmación que resulta aplicable al punto en estudio y acorde con la posición expuesta, no puede alegarse un error excusable de parte de quien teniendo conocimiento de la existencia del embarazo o nacimiento del niño, y mediando una fundada probabilidad de su vínculo biológico, no despliega acción alguna a los efectos de confirmar o descartar su paternidad.

Sin embargo, la jurisprudencia uruguaya trata el punto pronunciándose en sentido contrario. Así es que en la multicitada Sentencia del TAF de 2º Turno No. 270/2007 (de fecha 3/10/2007) se valora como legítima la duda del padre biológico, y por ello entienden que no existió culpa, hasta que se determinó la paternidad por medio de la prueba de ADN, practicada en el marco del proceso de investigación de la filiación. Argumentan que este extremo *"enerva el elemento subjetivo de la responsabilidad hasta que tal hecho fue indubitado (…) cuando se agrega prueba de ADN".* Concluyen que *"el hecho ilícito culpable en realidad se produce al conocer de manera indubitada la paternidad biológica y desconocerlo (…) hasta que el demandado tomó conocimiento del resultado del estudio de ADN, que determinó su paternidad de manera irrefragable (no hay culpa)"*.

Asimismo, cabe destacar otro pasaje de la misma sentencia en la que concluyen que *"las características de la relación (entre los progenitores) pudieron justificar razonablemente que el demandado no tuviera certeza de la paternidad"*. En este pronunciamiento se utiliza un criterio restrictivo de la diligencia exigida al progenitor, ya que no se le exige que despliegue una conducta activa en procura de la determinación de su paternidad, extremo que no se analiza.

En un pronunciamiento posterior, se arriba a una conclusión contraria por la jurisprudencia uruguaya. En Sentencia No. 20/2016 del TAF de 1 Turno (de fecha

17/02/2016) se concluye que *“la certeza sobre la paternidad indudablemente se puede llegar a obtener recién con la pericia de ADN” pero destacan que la “realizada a nivel judicial- es para otras situaciones, como puede ser por ejemplo: cuando no se sabía de la existencia del hijo; o cuando realmente se tenía dudas de la eventual paternidad, y/o cuando no se pudo acceder al pretenso hijo/a para realizar la prueba científica o se carece de medios para realizarla”*. Es decir, refieren a hipótesis en las que entienden justificada sea practicada la prueba de ADN en el marco del proceso judicial para confirmar la paternidad, lo que constituyen casos diversos a la mera pasividad voluntaria y negligente del progenitor.

Asimismo, existen posturas en doctrina argentina acordes a la propugnada en el presente estudio, argumentando que ante indicios verosímiles de que puede ser el progenitor del niño, aún sin la convicción o la certeza plena recae sobre el mismo “*el deber de obrar con diligencia y de tomar la iniciativa para despejar cualquier duda y determinar la existencia o inexistencia del vínculo filiatorio”.* En caso contrario, de adoptar *“una actitud pasiva o displicente, si no avanza en la averiguación de la certeza sobre la realidad de la filiación, obrará con culpa”* (Mazzinghi, 2015, p. 2).

Por su parte, Kemelmajer entiende que la responsabilidad del padre nace desde que *“conoce el embarazo o parto de la mujer y niega su paternidad o el sometimiento a las pruebas científicas para su determinación”*. Estima la autora que se trata de una responsabilidad subjetiva que debe valorar la conducta del progenitor en su negativa al reconocimiento. Según la citada autora, la culpa nacerá cuando haya tenido relaciones sexuales con la madre, conozca el nacimiento del hijo y se niegue a reconocerlo (2000, p. 671).

Por su parte, López de Herrera reputa configurada la responsabilidad cuando el incumplimiento sea intencional, es decir, el progenitor se sustraiga intencionalmente del cumplimiento de su obligación. El citado autor sostiene que cuando ignora el parto o tiene legitimas dudas sobre su paternidad no será responsable por el daño causado al hijo (2006). Puede concluirse que este autor

requiere la configuración de dolo para entender procedente la responsabilidad del progenitor incumplidor.

En esta misma línea, la jurisprudencia argentina ha entendido que no existe culpa en aquellos casos en los no se pudo demostrar que el padre omiso tuvo conocimiento fehaciente de su paternidad, otorgándole relevancia al tipo de relación que mantuvo con la madre, y por ello se consideró que no había culpa en esperar al resultado del ADN (C. Civ. y Com. y Trab. Reconquista, 24/11/1998, "N., M. B. v. G., J. C.", JA 2001-III-síntesis). Por el contrario, entendió que sí existió culpa en el caso de que el padre omiso conociera del embarazo y a su vez mantuviera un tipo de relación con la madre que le permitiera fácilmente considerar que la niña era su hija biológica (C. Nac. Civ., sala L, 23/12/1994, ED 162-247, "B., O. N. v. M., O. O.").

En suma, analizando el punto entorno a la diligencia exigida al presunto progenitor, se concluye que acorde al parámetro legalmente exigido de conducta, que le impone al progenitor desplegar la diligencia media, aún ante la duda, tiene el deber de actuar en forma diligente para el cumplimiento de su obligación.

En consecuencia, cuando le sea imputada la paternidad por la madre o el hijo, incluso cuando se le presenten ciertas dudas –aún justificadas- debe prestar una conducta diligente. Esto implica que activamente procure cumplir con la obligación legal de reconocer y no meramente aguarde que su presunto hijo inicie la acción de investigación de la paternidad, ni tampoco el resultado de la prueba de ADN practicada en dicho marco judicial.

VI. EL DOLO COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN EL DAÑO CAUSADO POR LA OMISIÓN DE LOS PROGENITORES EN RECONOCER A SUS HIJOS.

Con respecto al dolo como factor de atribución en la hipótesis dañosa en estudio se realizan las siguientes consideraciones.

En primer lugar, cabe consignar que -como sucede en general en la responsabilidad civil- resulta indiferente que el hecho dañoso se hubiere

desplegado con dolo o culpa (Méndez Costa, 2001, p. 4). Por cuanto, ambos resultan factores de atribución de la responsabilidad y determinan que el daño padecido deba ser indemnizado y la medida de la reparación será siempre la del daño efectivamente sufrido.

A su vez, en la hipótesis en estudio, doctrina y jurisprudencia han entendido que la conducta del progenitor para con el hijo no reconocido puede llevar a un agravamiento del daño. Así, el abuso de las vías procesales para evitar el emplazamiento por sentencia de investigación de filiación, ha sido considerado un factor a ser ponderado a la hora de avaluar el daño moral causado.

Conforme ya se concluyó en el capítulo respectivo el abuso de las vías procesales debe reputarse un hecho ilícito en sí mismo considerado, diverso de la mera omisión en reconocer al hijo, que como por sí sola amerita la reparación del daño que causare. Pero esta conducta del progenitor debe apreciarse -conjuntamente con el resto- como indicio de efectivo conocimiento del vínculo y reticencia dolosa a cumplir con el deber impuesto por el orden jurídico, todo lo cual incumbe al análisis del factor de atribución.

Medina califica como indiscutible la procedencia de la condena al progenitor que se niega *"maliciosamente a reconocer*" y obstaculiza las pruebas que confirmarían su paternidad, distinguiéndolo de aquél que no reconoce voluntariamente y exige una prueba anticipada de ADN (Medina, 2002, p. 38) Es decir, aún sin requerir del progenitor que despliegue una conducta diligente -conforme a la posición que se propugna- la citada autora distingue la conducta del progenitor que actúa con cierta diligencia del que actúa *maliciosamente* o con dolo.

En segundo lugar, se destaca que, enmarcándose la conducta dañosa en la responsabilidad obligacional, el incumplimiento de la obligación legal impuesta por el ordenamiento jurídico a los progenitores, cuando medie voluntariedad de abstraerse al cumplimiento, implica la configuración del dolo como factor de atribución de la responsabilidad.

En tal sentido, Ordoqui afirma que en la hipótesis dañosa en estudio el factor de atribución en la mayoría de los casos será el dolo, porque cuando sabe que es su hijo y con conciencia y voluntad niega al mismo el emplazamiento que le corresponde al vínculo biológico, hay una transgresión voluntaria de una obligación legal (2005, p. 42).

En consecuencia, cabe descartar como eximentes de la responsabilidad al trato dispensado como hijo -o reconocimiento tácito de la paternidad- la asistencia moral o material brindada al hijo, conforme a lo ha destacado nuestra jurisprudencia en Sentencia del TAF de 1er Turno No. 20/2016 (de fecha 17/02/2016). Por el contrario, en los casos en que medie trato de hijo habrá de entenderse dolosa la omisión del reconocimiento, por cuanto de la propia conducta del progenitor se desprende que tiene la certeza de la filiación y aun así mantiene la negativa al emplazamiento voluntario.

Al respecto, Gregorini Clusellas analiza las conductas tanto durante el proceso judicial de investigación de la paternidad, como anteriores, para entender configurado el dolo como factor de atribución. Así señala que media conciencia de su conducta, libremente decidida, cuando el progenitor contesta la demanda negando los hechos que se le atribuían para evadir su responsabilidad, destaca en tal sentido la negativa de la filiación a sabiendas de su veracidad y la imputación de inconducta no probada de la madre (2007 B , p. 56 y 57).

En efecto, la intención del progenitor no reconociente puede reflejarse mediante una pluralidad de actos. Medina afirma que podrá darse por *“la rebeldía en el proceso, o en la negativa a practicarse el examen de ADN (…) obstaculice la normal prosecución del proceso (…) También pueden existir antecedentes preliminares que ilustren la culpa. La posesión de estado, el pago de alimentos voluntarios, el concubinato, etcétera, todos estos hechos servirán para acreditar el conocimiento del demandado de su posible paternidad”* (Medina, 2008, p. 124).

De los ejemplos manejados de rebeldía en el proceso -más allá de aclarar nuevamente que se considera un hecho ilícito diverso- la negativa a practicarse

el examen de ADN, obstaculizar la normal prosecución del proceso que procure el emplazamiento del hijo, no solo acrecientan el daño moral padecido por éste, sino que además constituyen claros indicios que demuestran la patente sospecha (o incluso certeza) de que el vínculo biológico es el alegado, así como del rechazo que tiene hacia ese hijo extramatrimonial. A su vez, con su conducta indica que el incumplimiento ya no es meramente negligente como cuando media una mera pasividad al respecto. Por el contrario, evidencia que su conducta es intencional y contraviene el ordenamiento jurídico con su conducta busca acrecentar el daño causado al hijo en lugar de evitarlo o morigerarlo. En estas hipótesis se configura de forma palmaria el dolo como factor de atribución.

La rebeldía en el proceso, constituirá un ilícito que podrá ocasionar o agravar el daño padecido por el hijo, pero no debe ser considerado parte del hecho ilícito que da lugar al daño, así como tampoco un requisito para entender configurado el factor de atribución subjetivo. Pero, claro está que, si el progenitor omiso realiza este tipo de obstaculización maliciosa del proceso, podrá inferirse su actuar doloso. Incluso podrá entenderse que se agrava el daño causado al hijo por estas otras conductas del progenitor -que pueden llamarse secundarias o conexas- tendientes a evitar de manera ilegítima el emplazamiento en la calidad de hijo.

Conforme ha sostenido parte de la doctrina argentina el dolo se configura cuando el padre tiene *"conciencia clara del vínculo filiatorio"* y aun así se niega a reconocer al hijo, por encuadrar en la definición de dolo contenida en el art. 1724 del Código Civil y Comercial que lo define como aquella conducta que produce un daño intencional o *"con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos"*. En esta línea, se ha concluido que el padre que sabe que lo es y se niega a reconocer a su hijo, demuestra una intención de dañar o, al menos, una indiferencia clara respecto de los derechos personalísimos de su hijo (Mazzinghi, 2015, p. 2).

En similar sentido se ha afirmado que el dolo se configura aun cuando el progenitor no tenga una finalidad expresa de causar injuria al patrimonio o persona del hijo. Pero si conoce su paternidad y permanece omiso con desidia

de las consecuencias dañosas de su obrar actúa con dolo (Vivanco, 2017, p. 303). Cabe agregar que cualquier sujeto medio es capaz de representarse las consecuencias que tiene para un hijo el no ser reconocido por su progenitor, más aún cuando media un rechazo deliberado por su condición de hijo habido fuera del matrimonio, por las condiciones en las que fuere habido, entre otras circunstancias. No solo es previsible el daño moral, dado por el sufrimiento que el rechazo paterno le genere, sino también el daño patrimonial, al crecer sin la prestación de alimentos y la consecuente privación de los eventuales derechos sucesorios.

Por otro lado, resulta palmaria la voluntad dañosa cuando el incumplimiento de reconocer tenga la intención de que el niño -por haber sido fruto de una relación extramatrimonial- no lleve su apellido porque evidencia el vínculo biológico que los une. Así también puede tener como finalidad eludir el cumplimiento de su obligación alimentaria, o bien excluir al hijo extramatrimonial de concurrir con otros hijos a la futura sucesión del progenitor.

En estos casos, el progenitor adopta una conducta intencional causando un daño al hijo, tanto moral como material. Para ello, habrá de intentar examinarse la intención del progenitor, debiendo recurrirse al análisis de los indicios que deje su comportamiento.

En conclusión, el daño a los hijos causado por la omisión en reconocerlos es claramente previsible para el hombre medio. Por tanto, habrá intención de dañar cuando a sabiendas de la existencia del vínculo biológico que lo une con el hijo el progenitor se abstraiga intencionalmente del cumplimiento de la obligación impuesta por la normativa. Ya sea que despliegue una conducta meramente pasiva o cuando despliegue conductas activas tendientes a evadir su obligación. Estas conductas pueden obedecer a una expresa intención de dañar o a una indiferencia hacia el daño causado al hijo, en ambos casos media un actuar doloso.

El ejemplo clásico es el del padre que se niega intencionalmente a reconocer a su hijo extramatrimonial para abstraerse de las obligaciones que apareja la

paternidad, que el hijo no lleve su apellido o bien para que no concurra conjuntamente con sus otros hijos en su futura sucesión. De esta forma, mediante su omisión de emplazarlo en la calidad que le corresponde, está vulnerando activa e intencionalmente los derechos de su hijo, y su conducta será tachable de dolosa, y por ello deberá indemnizar los daños que ella deriven.

CAPÍTULO IV

Relación de causalidad

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se analiza la relación de causalidad o nexo causal entre el incumplimiento de la obligación legal de reconocer y el daño padecido por el hijo.

En primer lugar, siendo este uno de los temas más complejos en materia de responsabilidad civil, debe aclararse que no se pretende resolver en estas líneas el problema del nexo causal, lo que ameritaría un estudio completo en sí mismo. Tampoco se realizarán pronunciamientos sobre las diversas posiciones, por cuanto excede ampliamente el objeto del presente trabajo. Se realizará una breve presentación de la teoría más recogida sobre el nexo causal en el derecho uruguayo, y se circunscribirá el análisis a lo que respecta a la función reparatoria del Derecho de Daños, excluyendo la función preventiva porque excede el objeto del presente. Luego se pasará a analizar específicamente el nexo causal en la hipótesis dañosa en estudio.

Se advierte que el nexo causal no parece plantear mayores particularidades en materia de daños provocados por la omisión de los progenitores en reconocer a sus hijos, rara vez se trata en los estudios doctrinarios sobre el tema, siendo aún menos frecuente su referencia en los exiguos casos jurisprudenciales.

II. LA CAUSALIDAD EN EL DERECHO URUGUAYO

Conforme a lo antes expuesto -a los solos fines introductorios- se realizarán referencias a la teoría de la causalidad más aceptada tanto en doctrina como en jurisprudencia en el derecho uruguayo: la teoría de la causalidad adecuada.

1. Definición

En primer lugar, en cuanto a la definición usada en doctrina y jurisprudencia sobre el nexo o relación de causalidad se realizan las siguientes referencias.

El nexo causal ha sido definido como el vínculo necesario entre la acción humana y el daño ocasionado.

Este nexo es de carácter material, objetivo y externo al sujeto, no valorándose o examinándose la conducta en sí misma considerada sino en relación a sus consecuencias, en definitiva, a su vínculo con el daño.

Este presupuesto de la responsabilidad cumple una doble función al determinar la autoría del daño o bien a quien debe atribuirse un resultado dañoso y, a su vez, aporta parámetros objetivos para delimitar el alcance del resarcimiento o la medida de la responsabilidad.

Sobre el punto, Mariño refiere al art. 1323 del CC que prevé como requisito necesario para la responsabilidad del sujeto que exista una relación de causalidad entre el hecho daño y el daño cuya indemnización se pretende, sostiene "e*l daño se conecta causalmente con el hecho dañoso; entre éste y el daño existe un elemento funcional: la relación de causalidad. La causa del daño puede ser un solo hecho dañoso, pero, además, el daño puede ser producido también por una pluralidad de hechos dañosos. En los supuestos de pluralidad de posibles hechos dañosos. es decir, concausas, para que se configure la relación de causalidad, es necesario determinar él o los eventos que mayores probabilidades tengan de haber producido el daño"* (Mariño; 2021, p. 611).

Conforme expone Mariño, el nexo causal es la relación causa-efecto entre el hecho dañoso y el daño padecido por el sujeto, siendo un elemento necesario del sistema de derecho de daños para asignar la responsabilidad (Mariño, 2018b, p. 355). El citado autor agrega que es un vínculo de tipo material físico y objetivo, por cuanto vincula al hecho con el daño, siendo éste un elemento funcional del proceso de asignación de responsabilidad, en el cual no intervienen en principio factores subjetivos (Mariño, 2018b, p. 357).

En el ordenamiento jurídico uruguayo se encuentran varias referencias normativas a la causa, siendo un elemento de la responsabilidad tanto contractual como extracontractual. En primer lugar, en materia extracontractual

el art. 1319 del CC prevé que la responsabilidad se asigna al sujeto que despliega la conducta causante de un daño a otro. Asimismo, en el art. 1322 CC, cuando establece que *"nadie es responsable del daño que proviene de caso fortuito a que no ha dado causa",* requiere para la asignación de responsabilidad civil que exista una conexión directa entre el hecho dañoso y el daño. El art. 1323 del mismo código dispone que "*el daño comprende no sólo el mal directamente causado, sino también la privación de ganancia que fuere consecuencia inmediata del hecho ilícito",* exigiendo una relación directa de causa-efecto entre el hecho y el daño sufrido para que sea indemnizable. A su vez, el art. 1324 inc. 1 refiere a*l daño causado* por hecho propio y *el causado* por el hecho de las personas dependientes o por las cosas. Otra referencia se encuentra en el art. 1328 del CC el cual establece que el dueño del animal feroz es responsable por el daño que éste *cause*, así también refieren al *daño causado* los arts. 1329 y 1330 (Mariño, 2018b, p. 357).

En materia de responsabilidad contractual u obligacional el ordenamiento jurídico posee sus propias normas contenidas en el art. 1346 del CC. No obstante, de la misma forma en que se une el hecho dañoso con el daño en materia extracontractual mediante este vínculo causal. En materia de responsabilidad contractual el daño debe unirse causalmente al incumplimiento para que sea imputable al obligado incumplidor. Si bien se encuentran normas específicas relativas a la causalidad en el subsistema de responsabilidad contractual, el análisis y consideraciones sobre la causa en materia de responsabilidad aquiliana resultan trasladables. En tal sentido, el art. 1346 refiere a los daños indemnizables como aquellos que hayan sido *"consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento"* pero en doctrina se considera que no hay distingo entre las consideraciones vertidas en el ámbito de la responsabilidad aquiliana.

En suma, de la conjunción de las citadas previsiones para entender configurado el nexo causal se requiere un vínculo directo de causa a efecto entre el incumplimiento y el daño sufrido por la víctima, requisito indispensable para que opere la responsabilidad.

Gamarra sostiene que la relación entre la conducta y el daño debe consistir en un ligamen de necesidad o sea que debe determinar el efecto dañoso, *"sin la causa el efecto nunca habría podido producirse".* De esta forma se distinguen aquellas circunstancias que se diferencian de la causa como mera condición, ocasión o antecedentes del daño pero que no producen el efecto, aunque pudieran favorecerlo (1994, pp. 309 y 310).

En efecto, tanto la condición como la ocasión pueden intervenir conjuntamente con la causa en la producción del daño, pero solo la causa es la que determina la responsabilidad, para diferenciarlas es que se recurre a las diversas teorías en materia de causalidad.

La *causa* jurídica se identifica como aquél hecho productor del daño, mientras que la condición no lo produce, pero lo permite, y la ocasión tan solo favorece la operatividad de la causa. Es así que el nexo o ligamen entre la conducta o hecho dañoso y el daño tiene que resultar necesario, de forma que, sin la ocurrencia de ese hecho, el daño no se hubiera concretado.

Las teorías sobre el nexo causal pueden agruparse en dos categorías. Por un lado, la teoría de la equivalencia de las condiciones y sus diferentes variantes teóricas que consideran que no puede descartarse como causa ninguna de las condiciones que han incidido en la producción del daño y, como consecuencia, todas poseen vínculo causal y generan responsabilidad por igual. Por otro lado, las teorías que postulan la individualización de una o algunas de las condiciones que tienen conexión causal con el perjuicio acaecido, de acuerdo con los diferentes las diferentes posturas, en este sentido se agrupan las teorías de la causa próxima, causa eficiente, causa adecuada, imputación objetiva y causa verosímil *(Mariño, 2018, p.1).*

El sistema jurídico uruguayo sin lugar a dudas se inclina por las teorías individualizadoras de la causalidad, descartándose las teorías que no distinguen entre las causas concurrentes, conforme al argumento normativo radicado en el art. 1331 inc. 2 del CC. Este artículo prevé la responsabilidad proporcional de los autores en caso de multiplicidad de los mismos, sino mediare dolo en su

accionar, los autores no responden por partes iguales sino proporcionalmente conforme a la incidencia causal de su conducta ha tenido en el perjuicio padecido. Esto implica necesariamente la individualización de la causa del daño (Mariño, 2018b, p. 364).

2. La Teoría más admitida en el sistema jurídico uruguayo: la causalidad adecuada

La teoría de la causalidad más admitida en el derecho uruguayo es la teoría de la causalidad adecuada, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Acorde a la postura de Gamarra, la teoría de la causalidad adecuada recurre al criterio de "*regularidad o probabilidad, que en fondo se confunde con la previsibilidad"* y se identifica a la causa del daño como aquella *"probable, adecuada, regular y razonablemente previsible"*. Como corolario de esta premisa se incluyen las consecuencias normales de determinado hecho o conducta, excluyéndose las que aparezcan como inverosímiles *"no porque el hecho generador no sea causal, sino porque la relación causal es inadecuada para fundar la responsabilidad"*. En suma, el criterio adoptado por esta teoría es el de previsibilidad, probabilidad, regularidad del resultado imputado a una determinada conducta (Gamarra, 1994, p. 319 y 320).

Mariño indica que la causa del daño será la condición que más probablemente la haya ocasionado, identificando como causa a los acontecimientos que producen regularmente la consecuencia y concluye que la regularidad implica probabilidad. Es así que define como causa jurídica, la que probable y previsiblemente produzca el daño, *"probabilidad y previsibilidad se encuentran en conexión, pues es causa adecuada aquella que, sobre la base de un estudio de probabilidad, es previsible que produzca el resultado"* (Mariño, 2018b, pp. 373 y 374).

Conforme advierte Soba, en el derecho uruguayo, se recurre a definiciones de nexo causal que refieren a normalidad, regularidad o curso ordinario de los

acontecimientos, incluso encontrando referencias al cálculo de regularidad estadística (2016, pp. 72 y 73).

Ordoqui afirma que *"causalidad es la probabilidad dentro de las circunstancias del caso, acorde a las máximas de la experiencia";* y aclara que tal probabilidad es calificada de acuerdo a diferentes pautas: la regla de la probabilidad suficiente -lo que normalmente acontece- y las reglas estadísticas y de la lógica a efectos de relacionar hechos y consecuencias mediante un análisis inductivo (2023, p. 86-87).

Esta teoría identifica como causas en el sentido jurídico aquellas circunstancias o hechos que de acuerdo con una *razonable probabilidad* produzcan el resultado dañoso, entonces esta adecuación de la causa radica en su probabilidad de producir el efecto que se le atribuye.

La adecuación de la causa se determina mediante un razonamiento ex post facto, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y estableciendo si dado un cierto hecho es razonable, lógica y empíricamente, que de él se derive ese resultado dañoso.

Soba indica que el "*juicio ex post facto o de ´prognosis póstuma´"* se formula de la siguiente manera: *"¿la acción u omisión que se juzga era per se apta o adecuada para provocar normalmente esa consecuencia?"*. Esto implica un juicio de idoneidad o cálculo de probabilidad planteado de forma abstracta, acorde al curso normal de los acontecimientos (2016, p. 70).

Asimismo, se le requiere a la causa -para reputarla adecuada- la característica de previsible.

Gamarra lo analiza compartiendo la opinión que sustenta *"una compenetración del nexo de causalidad material y el nexo de causalidad sicológica"*, se da una necesaria síntesis entre el elemento objetivo de la responsabilidad y el subjetivo. Así es que en la causa, como elemento material, se encuentra una cierta confusión o permeabilidad por la culpa en lo atinente a la previsibilidad. El citado autor argumenta que el propio Código Civil lo subraya en su art. 1319 en cuanto

indica como responsable del daño a aquél *"…por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido…"* (Gamarra, 1994, p. 322).

Esta previsibilidad no refiere al *daño consecuencia*, daño ulterior o daño en sentido técnico, sino al *daño evento*, esto es, al acontecimiento que da lugar al daño. Como consecuencia, para entender configurada la previsibilidad de la causa basta con que el agente prevea o pueda prever que su conducta producirá un perjuicio sobre la esfera jurídica de otro sujeto, no se requiere previsión de las consecuencias del evento dañoso (Gamarra, 1994, p. 326).

Al respecto, Mariño afirma que la posición ampliamente dominante requiere que la previsibilidad sea apreciada en abstracto y tenga carácter objetivo. Es decir, sea considerada con respecto a un sujeto normal, con el grado de previsión que un hombre razonable hubiera tenido, no con respecto a qué pudo prever un determinado sujeto en particular (2018b, p. 374). Extremo que claramente se comparte, por cuanto no es procedente analizar qué pudo prever puntualmente un determinado sujeto en el momento en que desplegó (u omitió desplegar) determinada conducta.

Sin embargo, se le critica a esta teoría la utilización de la previsibilidad para determinar la causa probable, porque su estimación dependerá de la apreciación de quien la examine. No obstante, Mariño aclara que siempre quedará un margen de discrecionalidad al juez, cualquiera sea la teoría que se adopte con respecto a la causa (Mariño, 2018b, p. 375). Sostiene que "*si una causa es adecuada por ser probable y es probable por ser previsible, significa que se introduce un elemento subjetivo, como lo es la previsibilidad, para determinar la conexión causal en la responsabilidad civil que es una relación material de causa-efecto."* (Mariño, 2018b, p. 375).

En el mismo sentido, Mosset Iturraspe insiste en tratar la situación en un plano de probabilidad, debiendo acreditarse elementos de juicio -normalmente proveídos por las ciencias- acerca de las consecuencias probables o aquellas que no lo son. Así, el citado autor percibe a ésta tendencia como un avance en materia de responsabilidad civil: recurrir al modelo estadístico, el hecho que se

considera como más probable que haya dado causa al daño *(most probable than not)*, en particular en los casos en los que acreditar con certeza o exactitud la relación causal resulta imposible, debiendo acreditarse un grado suficiente de probabilidad o alta probabilidad (2004, p. 375).

En suma, acorde a esta teoría la previsibilidad se aprecia en abstracto, según la normalidad de las consecuencias conforme a la experiencia. Entonces lo previsible es la probabilidad de que un hecho determinado provoque un daño, por cuanto es una consecuencia que regular o normalmente se deriva de él.

III. EL NEXO CAUSAL EN HIPÓTESIS DE DAÑOS PROVOCADOS POR OMISIÓN

A continuación, se analizarán las particularidades que se presentan en materia de nexo causal en aquellos casos en que la conducta dañosa radica en una omisión.

En ellos, al igual que en aquellos casos en que el daño es provocado por una conducta activa del sujeto, el nexo causal se refiere a la relación entre el hecho y el daño, con la salvedad de que el hecho dañoso lo constituye una inacción, lo que redunda en algunas particularidades.

Tal como destaca Mosset Iturraspe debe distinguirse entre la mera inercia y la omisión. La inercia – estrictamente considerada- no puede reputarse causa del daño, sino cuando pesa sobre el sujeto el deber de adoptar una conducta dirigida a interrumpir o paralizar un proceso causal, allí la inercia del sujeto se transmuta en omisión. La omisión se considera causante del resultado cuando no se cumple con el deber de impedirlo, y en consecuencia se lo reputa causa jurídica del mismo. De esta forma, el concepto naturalístico de causalidad se reemplaza por uno normativo, entonces el nexo de causalidad se forma a través de una hipótesis teórica apoyada en elementos empíricos, científicos y experimentales; todos los que dan cuenta de un resultado esperable ante un hecho determinado (2004, p. 371 y 372).

Sobre el punto, López Herrera advierte que, en materia de daños por omisión, *"el primer paso que se debe dar para analizar si el daño causado originará un deber de responder es verificar la antijuridicidad de la conducta omitida"*. Pero aclara: no por confundir el requisito de la ilicitud con la causa, porque incurrir en una omisión antijurídica no entraña necesariamente ser causa adecuada del daño, sino porque considera que *"a diferencia de la comisión por acción, la omisión ilícita crea una fuerte presunción de causalidad"*(conforme: Mariño, 2018b, p. 402).

Sobre esta presunción plantea Ordoqui que, siempre que se realiza una acción se evita algo que habría ocurrido si el agente se mantuviera inerte, y cuando se omite una acción que es impuesta por el ordenamiento jurídico, media virtualidad suficiente como para considerar que hay relación causal (2023, p. 143).

Sin perjuicio de esta presunción, una vez identificada la ilicitud, debe determinarse si dicha omisión constituye la causa adecuada del resultado dañoso, para lo cual es necesario recurrir a un juicio causal hipotético. En efecto, para que haya responsabilidad la omisión debe estar causalmente ligada al resultado, de modo que se pueda afirmar que la abstención ha actuado como factor determinante para el acaecimiento del daño. Pero ante la ausencia de acción, debe crearse una ficción a efectos de determinar si la acción omitida hubiera evitado el daño finalmente acaecido.

Para ello, partiendo de la conducta omitida, es necesario imaginar si ésta hubiera impedido el resultado dañoso causado (Prieto Molinero, 2018, condiciones negativas e imputación objetiva, párr. 2). Esta operación es denominada por parte de la doctrina y jurisprudencia como juicio hipotético retrospectivo, implica proyectar qué hubiera ocurrido en el caso concreto de haberse cumplido la conducta debida (2023, p. 142).

En efecto, en materia de daños causados por omisión, conforme postula Ordoqui *"como no existe causalidad material se hace necesario encontrar otras explicaciones para justificar la imputación de estas conductas irregulares en la omisión (…) [las] omisiones que no son causaciones sino equiparables a las*

causaciones, considerando como causa la no evitación de un daño" (Ordoqui, 2023, p. 128).

Para ello debe valorarse si, acorde al curso habitual de las cosas y las máximas de la experiencia, la acción omitida era capaz de evitar el efecto dañoso (Ordoqui, 2023, p.17).

La Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 888/2023 de fecha 14/09/2023 sostuvo: "*si el orden legal impone a una persona la obligación de actuar (…) la relación causal entre el incumplimiento del deber de actuar (inacción) y el daño producido reviste un carácter forzosamente hipotético"*. Agregando que contrariamente al carácter explicativo que asume normalmente, ante la omisión la relación causal *"asume un carácter predictivo (aunque dirigido al pasado), por cuanto busca el criterio de imputación de la eficacia impeditiva del comportamiento omitido para haber evitado la verificación del evento".*

En consecuencia, conforme esta postura de la SCJ la relación de causalidad en materia de daños por omisión es de tipo lógico y no naturalístico. Requiriendo un juicio hipotético para determinar *"cómo el cumplimiento de la conducta debida lograría el fracaso de la producción del evento".* Esta proyección requiere entonces "*llegar a la convicción de que, de acuerdo con la experiencia general de la vida, el acto omitido por el autor habría evitado la ocurrencia del daño (…) uno no puede evitar recurrir, directa o indirectamente, a la experiencia general de la vida, el mismo criterio que es tradicionalmente utilizado para juzgar la causalidad"* (Suprema Corte de Justicia, Sent. No. 888/2023 de fecha 14/09/2023).

Sobre el punto se ha sostenido por la jurisprudencia argentina que *"es menester verificar si ese factor negativo* (dado por la omisión*) estaba dotado de virtualidad suficiente para producir el efecto que sobrevino. Pues causa adecuada de un cierto resultado es el antecedente que lo produce normalmente, según el curso natural y ordinario de las cosas"* (SCJBA, Ac. 81.917, 30-4-2003, D. J. B. A. 165-180, SCJBA, Ac. 73.526, 23-2-2000, D. J. B. A. 158-100, fuente: citado por Medina, Santas; 2007, p. 373).

Por su parte, en la sentencia antes citada de la Suprema Corte de Justicia el Dr. Sosa en su discordia argumenta que la causalidad en los daños por omisión se determina *"acudiendo a un juicio causal hipotético, debiendo exigirse una probabilidad, que sea casi una certidumbre, de que la realización de la acción esperada (obligación jurídica exigida) hubiera impedido el resultado (…) La causalidad es un concepto lógico y pertenece a la ciencia en general" (…) tan sólo pueden ser admitidos como causas aquellos acontecimientos que deberían producir normalmente el perjuicio. Es preciso que la relación entre el acontecimiento y el daño sea ´adecuada´ y no simplemente ´fortuita´"* (No. 888/2023). Se coincide, con la citada reflexión por cuanto no todo hecho que integra la cadena causal de acontecimientos se reputa causa jurídica del daño, sino solo aquellos cuyos efectos típicos -probables y previsibles- dan lugar al resultado dañoso.

Si bien en el nexo de causalidad en los daños por omisión tiene un carácter hipotético, se considera que también tiene un carácter explicativo, aunque ficticio y retrospectivo, por cuanto ha de analizarse si la conducta omitida era la adecuada para evitar el daño. Entonces, para entender configurado el nexo causal, ha de determinarse que de haberse cumplido la conducta omitida el daño no se hubiera producido. Esta apreciación debe ser practicada en abstracto, de forma objetiva y empírica, según las máximas comunes de la experiencia. El evento debe ser normalmente idóneo para producir el resultado que se le atribuye con arreglo a los requisitos de previsibilidad, normalidad y probabilidad, requeridos a la causa con carácter general.

En suma, el análisis jurídico requiere siempre un examen hipotético y póstumo, una vez concretada la conducta dañosa, o la omisión de la conducta debida, así como el daño, debe partirse del resultado con el que se cuenta, para figurarse qué hubiera sucedido si la conducta desplegada se hubiera omitido, o si la conducta debida se hubiera cumplido. Éste análisis resulta siempre un juicio hipotético basado en leyes de la ciencia, naturaleza o estadística que determinan lo que podría haber sucedido acorde al curso normal de los acontecimientos.

Se concluye que, para que opere la responsabilidad civil, se requiere que la abstención revista la calidad de omisión, es decir se omita una conducta debida -legal o contractualmente- y ésta sea la causa adecuada del daño. Para determinar este último extremo se debe definir la relación de causalidad entre la omisión y el daño partiendo del supuesto de que la acción de quien se abstuvo habría evitado el daño ocurrido.

IV. EL NEXO CAUSAL EN LOS DAÑOS PROVOCADOS POR LA OMISIÓN EN RECONOCER A LOS HIJOS BIOLÓGICOS

En el presente apartado, se analizarán las particularidades que se presentan en la hipótesis dañosa que constituye el objeto de este trabajo: la omisión de los progenitores en reconocer a los hijos.

Sobre el nexo causal en materia de responsabilidad en el marco de las relaciones familiares -como ya se adelantó- no se presentan particularidades en doctrina ni jurisprudencia, se adopta la teoría más seguida en materia de responsabilidad civil, la teoría de la causalidad adecuada.

Se destaca que la jurisprudencia uruguaya, ya en su primer pronunciamiento en la materia, ha entendido que *"será necesario acreditar que los perjuicios han tenido como causa directa el ilícito"* para que medie responsabilidad, agregando que *"sobre todo en esta materia, el nexo causal tiene estrecha relación con la atribución del hecho a alguien como causante consciente del mismo"* (Sentencia del TAF 2do Turno No. 50/1989 del 6 de marzo de 1989).

Sobre la base de lo antes expuesto, para que proceda la responsabilidad del progenitor se requiere que se acredite una conducta debida de fuente legal, que haya sido omitida y un nexo de causalidad adecuada entre esa conducta y el daño padecido por el hijo.

En primer lugar, la conducta debida es la de emplazar a los hijos biológicos en el estado civil correspondiente, obligación de fuente legal que pesa sobre los progenitores, según se analizó en el capítulo respectivo.

En segundo lugar, en cuanto a la relación de causalidad adecuada entre la omisión en efectuar tal reconocimiento y el daño, deberá determinarse que la conducta omitida (el reconocimiento del hijo biológico como extramatrimonial) era adecuada para evitar el daño que acabó padeciendo el hijo, lo que deberá analizarse mediante un juicio hipotético ex post facto.

En este sentido, siguiendo los postulados de la teoría de la causalidad adecuada, Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, afirman que para determinar si existe nexo causal entre la conducta del progenitor y el daño padecido por el hijo deberá realizarse un razonamiento acorde a "*un criterio abstracto de normalidad o adecuación y sobre la base de la acreditación directa o indirecta de los extremos de la relación causal"* (2012, p. 73).

Asimismo, conforme a tales postulados, se requiere que el daño sea previsible para el progenitor al momento del nacimiento del hijo o bien al momento de tomar conocimiento fehaciente de su posible paternidad (si fuere posterior al nacimiento). Es decir, cuando su mera abstención se transforma en incumplimiento.

Sin embargo, Bíscaro estima que una de las características de la responsabilidad en materia de relaciones familiares es que *"el nexo de causalidad ente el hecho dañoso y el daño moral es directo y no merece ser acreditado, no sucediendo lo mismo con los daños materiales, para los cuales deberá investigarse en cada caso la relación de causalidad"* (1999, p. 437).

En similar postura, Ordoqui afirma que *"la causalidad del daño se deriva del hecho de probar técnicamente la filiación del padre y la omisión de éste en el reconocimiento oportuno",* es así que *"puede probar la falta de una relación de causalidad adecuada por entender que el hijo realmente no es suyo y que no es causante de ningún perjuicio"* (2012, p. 425).

Sobre esta línea, citando conclusiones arribadas en congresos y jornadas argentinas sostiene Medina que *"debe tenerse por acreditado el perjuicio al menor por la sola negativa al hijo propio. Deben resarcirse los daños que sean*

consecuencia inmediata o mediata previsible del no reconocimiento (arts. 903 y 904, Cód. Civ.) y también será resarcible el daño moral infringido al hijo que es damnificado directo (art. 1078, Cód. Civ.)" (2002, p. 150).

Se advierte que la postura expuesta redunda en una exoneración de prueba del nexo causal, por cuanto postula una causalidad derivada de la acreditación de los restantes elementos de la responsabilidad. Es decir, acorde con el planteamiento expuesto, una vez acreditada la filiación biológica –presupuesto para determinar la legitimación, así como la ilicitud de la omisión- y la omisión de reconocimiento oportuno se infiere el nexo de causalidad entre el daño y la conducta paterna.

Resulta necesario para ahondar en el análisis del punto, aplicar a las posturas expuestas la distinción entre el daño evento y el daño consecuencia. Se entiende que -aunque no lo aclaran- las posturas antecitadas refieren al daño evento, la omisión de reconocer voluntariamente llevada a cabo por el progenitor es la causa el daño y determina el daño evento: el hijo no es reconocido voluntariamente por su progenitor. No cabe duda que una vez acreditada la filiación biológica, así como la omisión en reconocer, de ello se deriva la acreditación del evento dañoso. Sin embargo, con respecto a las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales derivadas del mismo, para que sea procedente su indemnización debe acreditarse su efectivo nexo de causalidad con el evento dañoso.

En sentencias nacionales citadas y comentadas por Ordoqui, el autor reseña que nuestra jurisprudencia ha requerido en forma constante un dictamen pericial que acredite el daño efectivamente padecido y su conexión causal con el hecho dañoso todo lo cual habría derivado en disminución de la aptitud laboral de la víctima y consecuente lucro cesante parcial. Tal como se observa en varios de los antecedentes jurisprudenciales reseñados por el citado autor se exige, en esta o en otras hipótesis dañosas similares, dictámenes periciales o bien declaraciones de testigos expertos (psicólogos o psiquiatras) para entender acreditado el nexo causal entre el evento dañoso y el daño cuya indemnización se reclama por considerarlo el medio probatorio más adecuado (2005, p. 115).

Ciertamente para imputarle responsabilidad al progenitor habrá de probarse siempre el vínculo biológico y la omisión en reconocer al hijo, así como el conocimiento del vínculo y su voluntad en mantener esa conducta inerte. Pero el vínculo entre el daño que alega el hijo haber padecido y la omisión paterna también debe acreditarse, es decir, la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre el evento dañoso y el daño consecuencia.

En suma, se considera necesario acreditar el nexo de causalidad adecuada ente el evento dañoso -omisión de reconocer- con el daño consecuencia -daño patrimonial o extrapatrimonial- padecido por el hijo, resultando necesario argumentar fundadamente y probar fehacientemente que la omisión paterna en emplazarlo en la calidad de hijo es la causa adecuada del daño cuya indemnización reclama.

Para ello, conforme a lo antes expuesto en materia de omisión, corresponde realizar un juicio hipotético retrospectivo a efectos de determinar si la acción esperada, o debida, hubiere evitado el resultado dañoso, para así entender conformada la relación causal entre la omisión y el daño. En definitiva, para comprobar si existe nexo causal se debe analizar la incidencia que el reconocimiento, hubiere tenido en la vida del hijo y así determinar si de acuerdo con la causalidad adecuada, el acto omitido hubiera evitado la ocurrencia del daño.

Es claro que la omisión voluntaria del progenitor será indiscutiblemente la causa adecuada de determinados daños pero en otros casos el nexo causal será menos evidente y requerirá un esfuerzo argumentativo y probatorio a los efectos de entender procedente la indemnización del daño.

Por último, se destaca que el nexo causal determina no solo la responsabilidad del progenitor sino también la medida de la misma, pudiendo concurrir posibles concausas, en la especie en estudio lo más frecuente será la incidencia causal de la conducta de la progenitora.

V. PLURALIDAD CAUSAL

La hipótesis de causalidad plural se configura cuando se identifica como productora del daño a más de una causa.

Se requiere para considerar configurada la cocausación que cada conducta tenga con el resultado dañoso un nexo causal, de causalidad adecuada, acorde a la postura más aceptada en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Conforme lo caracteriza Diez Picazo "*como es normal en la vida social, todo hecho, y, por consiguiente, también los hechos dañosos, son consecuencia de la concurrencia de una extraordinaria pluralidad de circunstancias a las que a veces se denomina «concausas» o «causas adicionales»"* (2018, Los problemas de la relación de causalidad, párr. 2).

Es claro que en materia de relaciones humanas las hipótesis de co-causación o de multiplicidad de causas son de las más frecuentes, desarrollándose múltiples conductas, por una multiplicidad de agentes, a lo largo de un período considerable de tiempo.

Entonces, si la causa adecuada del daño ha sido múltiple, en tanto varios eventos contribuyen a causar el daño padecido por la víctima, la responsabilidad ha de asignarse proporcionalmente al grado de incidencia de cada concausa, con responsabilidad proporcional o solidaria de los ofensores acorde a lo previsto por el art. 1331 del CC.

Mariño expresa que *"en los supuestos de pluralidad de posibles hechos dañosos, es decir, concausas, para que se configure la relación de causalidad, es necesario determinar él o los eventos que mayores probabilidades tengan de haber producido el daño"* (Mariño; 2021, p. 611).También refiere el citado autor a las diversas condiciones que componen la cadena causal como *"hechos que inciden causalmente en la verificación del perjuicio*" (Mariño, 2018, p. 1). Mediante las teorías sobre la causalidad es que se determina cuál de ellas es la causa jurídica del daño, que finalmente determina a qué sujeto y por cual conducta le es imputado el daño causado a la víctima, y en caso de causalidad

plural se debe analizar cómo es que opera esta pluralidad de causas en la imputación del daño.

Sobre el punto la jurisprudencia uruguaya ha tenido oportunidad de pronunciarse, sin ahondar en las teorías sobre la causa, ha rechazado o ajustado indemnizaciones, específicamente en materia de daños en las relaciones de familia, por entender que no se acreditó el nexo causal entre el daño y la conducta imputada.

En este sentido, ya en el primer antecedente en materia de daños en las relaciones de familia, se argumentó que *"es difícil si no imposible determinar la cuota de incidencia que la personalidad de la agraviada pudo haber tenido…".* Advirtiendo la dificultad de fijar un porcentaje a *"circunstancias humanas, sin prueba palpable"* de la contribución de las circunstancias de la víctima en la causación del daño. Sin embargo, se consideró probada y se fijó la misma en un porcentaje del 20%, valorándose *"dentro del contexto histórico de los acontecimientos"* (Sentencia del TAC 2do Turno No. 50/1989 del 6 de marzo de 1989).

En particular a lo que hace a la afectación del ánimo o del espíritu, resulta un desafío acreditar fehacientemente el aporte causal de la predisposición psicológica de la víctima, o bien enfermedades psíquicas preexistentes, y el impacto de la conducta dañosa, para determinar la responsabilidad y consecuente indemnización. Por lo que se considera acertada la postura adoptada por la jurisprudencia uruguaya antes reseñada de requerir prueba -pericial o declaraciones de testigos expertos- que acrediten en vínculo causal en forma fehaciente.

1. Causalidad conjunta o común

Si bien no es la única categoría de pluralidad causal, a continuación, se estudiará la pluralidad causal conjunta o común por cuanto se considera que es la más interesante con respecto al objeto del presente estudio.

Este tipo de pluralidad causal se configura cuando existen varias causas que producen un determinado resultado dañoso que de forma independiente no hubieran provocado.

En estos casos cada una de las condiciones identificadas como causa participan conjuntamente en la producción de un daño, pero se identifica que, de manera individual, no lo causarían. Es esta acumulación o concurrencia de hechos que revisten la calidad de causas en el sentido jurídico que dan lugar al daño como suma de sus consecuencias.

Al respecto, Mariño concluye que en estas hipótesis *"las causas intervienen conjuntamente para la producción del resultado dañoso"*, el daño es entonces el efecto de la sumatoria de las causas identificadas y su participación causal puede determinarse (2018, p. 1).

Es decir, su proporción de incidencia causal es identificable. Como consecuencia, cada agente responde proporcionalmente acorde con la incidencia causal que su conducta haya tenido en el resultado final, conforme a lo previsto por el inc. 2 del art. 1331 del CC.

Hay una multiplicidad de causas que -actuando conjunta o simultáneamente- traen como consecuencia un mismo resultado dañoso. Estas múltiples causas pueden consistir no solo en hechos dañosos desplegados por múltiples agentes sino también en la concurrencia del hecho del agente y de la propia víctima del daño.

En caso de mediar dolo en la conducta de los agentes, por el contrario, resulta de aplicación lo previsto en el inc. 2 del referido artículo 1331 del CC, corresponde la responsabilidad en forma solidaria de todos quienes hubieren dado causa al daño.

El punto, en el que se ahonda en los respectivos capítulos, interesa a la presente exposición por cuanto la causa del daño puede ser plural cuando las consecuencias se deriven de más de una conducta.

Se entiende que esta especie de pluralidad causal se configura en la hipótesis en estudio cuando la progenitora incumple su deber de iniciar las acciones de investigación de la paternidad, acrecentando el daño causado por el progenitor omiso en reconocer al hijo voluntariamente. Ambas omisiones en forma autónoma, pero sumadas, acaban causando un mismo resultado dañoso.

Sin dudas la omisión primigenia del progenitor es la causa adecuada del daño sufrido por el hijo. Pero este daño puede ser evitado o morigerado por la oportuna conducta de la progenitora, iniciando las acciones que la normativa le acuerda y en uso del poder deber de representar a su hijo a efectos de que el mismo pueda ejercer sus derechos. Estas dos omisiones autónomas y conjuntas, sumadas son lo que acaba causando el daño al hijo, ambas conductas tienen incidencia causal. Esto no significa una disminución del daño que causa el progenitor con su omisión, sino que en la totalidad del daño que sufre el hijo, una parte se corresponde a la conducta omisiva del padre y otra puede imputarse a la conducta omisiva de la madre.

Es así que utilizando el antes referido razonamiento hipotético retrospectivo en base a los criterios de normalidad, regularidad, probabilidad y previsibilidad, se concluye que el daño causado por el progenitor no solo puede ser morigerado sino incluso evitado por la acción oportuna de la progenitora iniciando las acciones judiciales antes referidas.

Esta omisión de la madre es –en parte- la causa adecuada del daño, el daño una vez causado por el progenitor se acrecienta por la omisión de la progenitora y esta omisión se encuentra en una relación de causalidad adecuada con el daño, puesto que posee esta relación de causa a efecto que requiere el nexo causal. Esta adecuación, siguiendo el juicio hipotético, determina que de haberse cumplido la conducta esperada se hubiera evitado el agravamiento del daño.

Se considera que se trata de una hipótesis de causalidad conjunta, pudiendo determinarse la incidencia proporcional de cada conducta en el resultado final. Por supuesto habrá siempre de evaluarse las condiciones en que se desarrolló una y otra conducta a la hora de determinar si media o no responsabilidad. Si la

progenitora estaba en condiciones de promover las referidas acciones, si se encontraba en un contexto de vulnerabilidad, entre otras hipótesis, a fin de determinar si medió responsabilidad de la misma, extremos que escapan al análisis del nexo causal.

Medina en postura opuesta, sostiene que la conducta del padre es la causa del daño, no la demora de la madre, al hijo no se lo priva de un derecho sin no se acciona, y que el daño está causado por la falta de reconocimiento, no por la falta de accionar judicial para lograrlo (Medina, Graciela. 2008, p. 125).

En efecto, en materia de pluralidad causal, debe acreditarse que cada condición sea causa adecuada del daño sin desplazar a las demás que conducen al resultado dañoso, de lo contrario no se trataría de cocausación sino de interrupción del nexo causal.

Al centrar el análisis en el nexo causal entre conducta y el daño, puede considerarse a ambas conductas -tanto paterna como materna- como la causa del daño que padecido por el hijo. El daño por el incumplimiento en el reconocimiento del padre, y el daño por la conducta omisa de la madre en procurar de forma judicial su emplazamiento a fin de evitar que el daño se continúe perpetrando o bien se acreciente. Se destaca que, acorde a la postura adoptada en cuanto a la culpa paterna, será en extremo relevante que la progenitora despliegue una conducta diligente, notificando de forma fehaciente al presunto progenitor de su paternidad para que nazca en su esfera jurídica la obligación de reconocer y de desplegar la debida diligencia a efectos de dar cumplimiento a su obligación.

En esta hipótesis la actitud de la madre negligente en cuanto al inicio de las acciones de investigación de la filiación, no es por sí sola la causa del daño padecido por el hijo, pero sí resulta coadyuvante en la prolongación en el tiempo del daño que le han causado. Extremo que desde luego no puede válidamente preterirse al fijar la cuantía de la indemnización por la que debe responder el padre (Richeni de Barreto, María del Carmen, et al.; 2016, p. 292). A lo que se agrega, no solo en cuanto a la prolongación en el tiempo, sino también a la propia

generación del daño que se imputa al padre. Eso porque muchos de los daños causados al hijo se generan o agravan conforme crece y adquiere conciencia de acuerdo a su desarrollo y capacidad de discernimiento.

La demora materna en iniciar la acción de filiación ha sido un criterio utilizado en algunos fallos de la jurisprudencia argentina para avaluar la indemnización del daño moral causado al hijo (Rugna, 2008, p. 8). En ellos se ha considerado el tiempo en que la madre demora en iniciar las acciones acrecienta el daño, y por tanto la indemnización a cargo del progenitor ha sido morigerada, con el fundamento de que la actitud de la progenitora no exonera de responsabilidad al progenitor pero colabora al daño en la prolongación en el tiempo del daño (S.T.J. de la Provincia de Corrientes, Expte. N° 1387/10, Sentencia N° 114, 21/10/2014, carátula: —R. M. en representación de su hija c/ O. I. G. s/ daños y perjuicios; conforme: Richeni et al, 2016, p. 9).

También se ha afirmado en doctrina que *"…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…"* (Filia, 2020, p. 82).

En consecuencia, de estimarse a la madre como responsable por la tardanza en incoar la acción de filiación *"debiera entenderse que ella también contribuyó al daño de su hijo (…) por la tardanza en exigir dicho reconocimiento. Ambos actos negligentes contribuyeron al resultado dañoso"* (Pizarro, Carlos en "Daños en el Derecho de Familia", Aranzadi , Cizur Menor, Navarra, España, 2006, p.115 ; conforme: Montecinos, 2011, p. 82).

Se ha señalado que "*la negligencia materna en el inicio de la acción de filiación configura una concausa omisiva que contribuye a la producción del daño ocasionado por la falta de reconocimiento paterno pero no debe entenderse como una reducción de la indemnización en perjuicio del hijo. Se trata es de atribuir a cada progenitor la responsabilidad que le corresponde de acuerdo a la proporción del daño al que ha dado causa con su conducta (Fillia, 2020*, p. 83).

Sin embargo, al respecto cabe citar a Gamarra quien en materia de responsabilidad contractual sostiene que *"el comportamiento puramente inerte o pasivo del acreedor, asumido durante el incumplimiento temporal del obligado cuando dura por un período de cierta importancia"* no puede considerarse purga de la mora por cuanto el silencio por sí solo no puede considerarse exteriorización de la voluntad siendo un comportamiento negativo y equívoco (1996, pp. 327).

Para culminar, Filia afirma que *"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"* (Fillia, 2020, p. 70).

En estos casos, si bien el daño causado al hijo es indivisible, por cuanto será un daño único, lo cierto es que las conductas que lo han causado son divisibles. Las conductas de cada progenitor, consistentes en el incumplimiento de sus obligaciones son identificables y por tanto la asignación proporcional de la responsabilidad acorde al daño causado por cada uno, conforme lo prevé el Código Civil en su art. 1331. Este planteamiento se realiza sin soslayar que el análisis de esta división, y la posible arbitrariedad que conlleva, ameritan un estudio pormenorizado para su adecuado abordaje. No obstante, la eventual dificultad para su determinación no es óbice para que ambos se mantengan conceptualmente diferenciados.

Por otro lado, cabe mencionar que, en el capítulo relativo al factor de atribución, se analiza la posibilidad de que la omisión en reconocer al hijo responda a una actitud negligente del progenitor; o bien que la omisión responda a una conducta intencional que se enmarca en el dolo, también puede mediar dolo en la conducta materna. El punto interesa al presente capítulo por cuanto en el ordenamiento jurídico uruguayo, las consecuencias de la pluralidad causal encuentran regulación en el art. 1331 del CC, el cual prevé la solidaridad pasiva en aquellos

casos en que mediare dolo en el actuar de los agentes en el desarrollo de sus conductas, mientras que ante la ausencia de dolo, la solidaridad cede, rigiendo la proporcionalidad en la reparación debida de acuerdo al daño que le pueda serle imputado a la conducta de cada uno.

CAPÍTULO VI

Legitimación del progenitor reconociente

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se analiza la legitimación de la progenitora reconociente en el marco del incumplimiento del progenitor de su obligación legal de reconocer a su hijo.

El punto no es menor ya que dependiendo de la conducta que adopte la progenitora ante la omisión paterna en reconocer al hijo, que será el punto de inflexión, podrá resultar sujeto activo del daño –responsable – como pasivo -damnificado- en el marco de la hipótesis dañosa objeto del presente estudio.

Por un lado, de no desarrollar una conducta diligente para evitar la causación o agravación del perjuicio sufrido por su hijo puede ser sujeto activo del daño, es decir, puede ocasionar o agravar el daño que la omisión paterna le hubiere generado al hijo. A efectos del análisis, se tratan las diversas hipótesis por separado, pero únicamente se abordan los aspectos de antijuridicidad y factor de atribución en la conducta materna, por cuanto los restantes elementos de la responsabilidad han sido tratados en los capítulos respectivos al nexo causal y daño.

Por otro lado, el hecho de que su hijo no fuere reconocido por su progenitor puede ocasionarle daños en forma directa o indirecta, confiriéndole legitimación como damnificada para reclamar su reparación.

A efectos de un correcto abordaje se procederá a su estudio por separado dentro del presente capítulo.

Por último, debe aclararse que a lo largo del trabajo se utiliza la referencia a la “madre” o “progenitora” como progenitor reconociente de forma indistinta, por ser lo más habitual e incluso así ha sido tratado en doctrina. Por supuesto que los

argumentos abarcan al progenitor masculino en la peculiaridad que se diera la omisión materna.

II. LEGITIMACIÓN PASIVA: EL PROGENITOR RECONOCIENTE COMO AGENTE DEL DAÑO

En primer lugar, se analizará la hipótesis de la progenitora como sujeto activo del daño causado al hijo.

1. Marco normativo

En el presente apartado se analiza el marco normativo en el cual se inscribe la conducta de la progenitora como sujeto activo del daño causado al hijo.

En cuanto a la antijuridicidad de la conducta materna puede entenderse que no existe norma que prevea en forma expresa una obligación que esté siendo incumplida por la progenitora. Sin perjuicio de ello, en el Derecho de Daños rige la atipicidad de la ilicitud de la conducta, se concluye que su antijuridicidad radica en que tales conductas son contrarias a las normas que reconocen derechos subjetivos de los hijos, como el derecho a la identidad, al disfrute de sus padres y de su familia, a conocer quiénes son sus progenitores.

Son trasladables las consideraciones vertidas al definir el marco normativo en el cual se enmarca la conducta del progenitor omiso, por cuanto son los mismos derechos del hijo los que resultan vulnerados, que fue analizado ampliamente en el capítulo respectivo a la antijuridicidad de la conducta dañosa del progenitor no reconociente. No obstante se presentan particularidades que se tratarán en los siguientes apartados.

Con respecto a la normativa en materia de responsabilidad civil, corresponde evaluar si resulta de aplicación el subsistema de responsabilidad contractual contenido en los arts. 1342 y ss. del CC, o por el contrario, el subsistema de responsabilidad aquiliana de los arts. 1319 y ss. del CC. Para ello, debe determinarse si mediante su conducta la progenitora está incumplimiento una

obligación legal como sucede con respecto al progenitor o si incumple un deber genérico de no dañar.

A continuación se analizan por separado las diversas conductas de la progenitora a la luz de la normativa aplicable a cada una.

a. Ocultamiento de la paternidad

En el presente apartado se analiza el marco normativo de la responsabilidad de la progenitora por el ocultamiento de la paternidad, ya sea de forma pasiva como de forma activa. Es decir, cuando se niegue a develar la identidad del progenitor biológico de su hijo, como cuando le impute la paternidad a otra persona que no posee el correspondiente vínculo biológico con el hijo.

Esta conducta de ocultamiento de la paternidad ha sido expresamente recogida por la doctrina como hipótesis de responsabilidad materna en el daño causado al hijo no reconocido.

En tal sentido, Legnani invoca como supuesto de responsabilidad materna el "*originar un emplazamiento filiatorio falso o bien por negarse a brindar la identidad del verdadero padre biológico"* (2017, pp. 4 y 5).

i. La antijuricidad en el ocultamiento de la paternidad

En primer lugar, en lo que respecta a la conducta de ocultamiento de la paternidad de forma pasiva, esta conducta puramente inactiva puede desplegarse en dos modalidades. Por un lado, frente al progenitor de su hijo, escondiendo o negando el embarazo o la existencia del vínculo biológico. Por otro lado, frente a su hijo, cuando éste hubiere adquirido raciocinio suficiente y le solicite identificar a su progenitor, resistiéndose a develar su identidad.

En cuanto a la primera hipótesis, de ocultamiento frente al progenitor, la conducta de la progenitora es de suma importancia al análisis por cuanto puede resultar en la exoneración de responsabilidad paterna por no configurarse el factor de atribución, por cuanto se requiere que medie conocimiento de su vínculo

biológico con el hijo y, por tanto, sabía de su obligación de reconocer. En este aspecto puede resultar determinante la conducta de la progenitora, además de otros aspectos de hecho que deben analizarse, como el vínculo que mantenían los progenitores en la época de la concepción.

En cuanto a la segunda hipótesis, identificada de ocultamiento pasivo de la identidad del progenitor frente al hijo se realiza el siguiente análisis. A efectos de que se considere antijurídica una conducta pasiva debe mediar en el sujeto un deber u obligación de desplegar tal conducta.

Sobre el punto, sostienen Rivero y Ramos que *"la madre que estando en conocimiento de quien es el padre no se lo dice al hijo lo priva de conocer su verdadero origen (…) el silencio de la madre impide al hijo reclamar el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad"* (2012, p. 147). Esta conducta materna conlleva una vulneración de los derechos del hijo, ya tratados al analizar la conducta del progenitor omiso.

Apunta Ordoqui que la progenitora *"no tiene el derecho de disponer de los datos que refieren a la identidad del hijo y que pueden repercutir sobre su estado filial*" (2012, p. 431). A lo que se agrega que el estado civil es indisponible, irrenunciable y las normas que lo regulan revisten el carácter de orden público, por tanto, no son disponibles para la progenitora.

Se ha argumentado que ocultar la paternidad extramatrimonial se ve amparado por el derecho de la madre a su intimidad, lo que en la actualidad es descartado por la unanimidad de la doctrina consultada.

En tal sentido, se ha considerado por la doctrina argentina 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*" (Fillia, 2020, p. 81 y 82).

En esta línea también afirma Ordoqui que *"no es correcto invocar el derecho a la intimidad de la madre para justificar la falta de información a su hijo con respecto a la identidad del padre. Si bien se protege el derecho a la intimidad ello no justifica que a través de ésta se perjudique (al hijo)"* (Ordoqui, 2005, p. 44).

Evidentemente existen dos derechos en pugna, el derecho a la intimidad de la progenitora -que puede entenderse violentado- y el derecho del hijo a conocer su origen y su identidad, al nombre y todos los que el emplazamiento en su calidad de hijo conlleva. Por tanto, debe realizarse un juicio de ponderación sobre ellos. Pero resulta de forma manifiesta que la conclusión del juicio de ponderación no puede ser nunca la primacía de su derecho a la intimidad por sobre los derechos del hijo.

En tal sentido, Bíscaro expone que frente al conflicto de intereses, debe prevalecer el derecho del hijo a conocer su identidad teniendo en cuenta "*el rango constitucional, que trasciende lo concerniente al estado de familia y revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, que no le puede ser amputado"* (Bíscaro, 1999, p. 439).

En efecto, develar quien es el progenitor, no forma parte del ámbito privado de la madre por cuanto resolverlo afecta el derecho del hijo a conocer su origen biológico y su derecho a la identidad. Como corolario, ocultar la identidad del progenitor biológico equivale a violentar estos derechos, los cuales son inherentes a su calidad de persona humana estando tutelados constitucional y supranacionalmente por estar reconocidos en instrumentos internacionales.

En el derecho argentino, se prevé en el art. 583 del Código Civil y Comercial, la obligación del oficial de registro civil de comunicar al Ministerio Público quién es el progenitor del niño -que omite reconocerlo- a los efectos de que inicie las acciones correspondientes para su emplazamiento, necesita de la declaración de la progenitora que debe identificarlo. Se ha sostenido por la doctrina argentina que *"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" (Fillia, 2020, p. 82).

En segundo lugar, el ocultamiento puede resultar de una conducta activa, consistente en la atribución de la paternidad a otra persona diversa del progenitor biológico.

En este caso, la antijuridicidad de la conducta radica no solo en la contravención a las normas antes referidas, sino que a su vez se encuentra previsto como delito en el art. 259 del Código Penal, por crear un estado civil falso, resultando incluso agravado en caso de ser efectuado por los ascendientes o progenitores naturales conforme lo prevé el art. 261 del mismo cuerpo normativo.

Sobre el punto, afirma Ghersi que en tales casos puede subsumirse la conducta *"en el delito de alteración de identidad de un menor de edad y falsedad ideológica en caso de inscripción de un niño como hijo de persona diversa a sus progenitores biológicos",* además de la consecuente vulneración al derecho a la identidad del hijo (2012).

Asimismo, Ordoqui considera que en este caso se tipifica la conducta prevista en el art. 258 y ss. del Código Penal. Señala el autor que, si el emplazamiento en un estado civil de hijo que no corresponde a la realidad biológica se realiza de forma consciente de tal incongruencia, esto implicaría una lesión al derecho del hijo a la identidad, más allá del delito que pudiera entenderse configurado (2005, p. 40).

En idéntico sentido en el derecho argentino el reconocimiento del hijo llevado a cabo por el marido de la madre y el consecuente emplazamiento en la calidad de hijo legítimo de forma contraria a la realidad biológica se *"encuentra tipificado como delito de supresión y suposición del estado civil y de la identidad (…) si verifica un obrar imputable al reconociente, aunque lo hubiera hecho con un propósito loable"* (Famá, 2013, p. 12).

Sobre el punto, Howard destaca que "*la filiación y el apellido son atributos de la personalidad que no pueden ser desconocidos legalmente y que el orden jurídico*

procura la concordancia entre el vínculo biológico y el jurídico, aquel que elude voluntariamente su deber jurídico resulta responsable de los daños ocasionados a quien tenía el derecho a ser emplazado en el estado de familia respectivo y resultó perjudicado por la omisión del reconocimiento espontáneo" (2016, p. 180). Tales afirmaciones resultan trasladables a la hipótesis en que no sea el incumplimiento de la obligación, sino que la afectación a sus derechos subjetivos esté dada por la conducta de un tercero que le adjudica un estado civil que no le corresponde.

En consecuencia, no se trata meramente de la ausencia de un progenitor reconociente, sino que, a su vez, de ser reconocido lo sea por quien ostente el correspondiente vínculo biológico con el niño y no cualquier persona. Quien actuando culposa o dolosamente no atribuye la filiación correspondiente al hijo, puede ser tanto el padre que no lo emplaza, como la progenitora que mediante acción u omisión le atribuye un vínculo -tanto al hijo como al falso padre- que no se condice con la realidad biológica. Así también puede incurrir en responsabilidad quien reconoce -a sabiendas de la inexistencia del vínculo biológico- en un estado civil que no le corresponde.

Medina refiere explícitamente al caso tan habitual en la que una madre soltera se casa y su marido reconoce como propio al hijo de su mujer en lugar de adoptarlo. Esto genera un perjuicio para el hijo porque lo emplaza en un estado de familia que no le es propio y le impide al verdadero padre su reconocimiento, correspondiendo la adopción en este supuesto y no el reconocimiento, porque crea una identidad biológica que no es real (2008, pp. 126).

Esta hipótesis es asimilable al caso del hijo extramatrimonial habido dentro del matrimonio de la madre con otra persona, en ese caso ostentaría la calidad de hijo legítimo del marido de la madre por imperio de la presunción legal contenida en los arts. 214 a 217 del CC o bien por el ocultamiento de la progenitora.

Al respecto, en la doctrina argentina entiende que existen varios supuestos originados en diversos comportamientos de los que resulta una vulneración al derecho a la identidad del hijo e incluso del progenitor al que se le oculta su

paternidad. Recurriendo a los principios generales de la responsabilidad civil se reputan antijurídicas y susceptibles de generar responsabilidad*: "la atribución falsa de una paternidad, fuera por sostener en silencio la presunción de paternidad matrimonial a sabiendas de que el marido no es el padre del niño o por reconocer en forma complaciente a quien se sabe a ciencia cierta no es el hijo ; y c) el reconocimiento complaciente del hijo, con conocimiento de la inexistencia de vínculo biológico"* (Famá, 2013, p. 2).

Por otro lado, un aspecto destacable de esta conducta materna son las consecuencias que puede traer aparejado para el hijo el emplazamiento en el estado civil de hijo no corresponde a su realidad biológica. Implicará necesariamente la previa impugnación de dicha calidad para luego iniciar las acciones de investigación de la filiación tendientes al emplazamiento en la calidad de hijo de su padre biológico. En estos casos median las limitantes previstas en los arts. 219 y 220 del CC como se analiza en profundidad en el capítulo correspondiente.

Ordoqui destaca que no implica una justificación ni exoneración de responsabilidad de la conducta de la progenitora que su conducta esté dirigida por intenciones de beneficiar al hijo con el ocultamiento de la paternidad. Especialmente en aquellos casos en los que media conocimiento de la falsedad del emplazamiento (2005, p. 45 y 46).

En esencia se está vulnerando un derecho personalísimo y esencial del hijo, en el que además está vedada la autonomía de la voluntad por reputarse un asunto de orden público.

ii. Factor de atribución en el ocultamiento de la paternidad.

Se analiza el factor de atribución en la conducta de la progenitora, quien debe prestar la debida diligencia a efectos de evitar o bien morigerar el daño causado a su hijo.

Al respecto debe observarse la conducta de la progenitora para determinar si operó con dolo o culpa, deberá comprobarse si fue desplegada con intención de lo contrario si actuó sin intención pero con negligencia mediará culpa.

Cuando la imputación de la paternidad no se condice con el vínculo biológico, y media en la progenitora un pleno conocimiento de esta circunstancia, podrá calificarse su conducta como dolosa. Incluso aunque no medie expresa intención de provocar un daño, el mismo es un resultado no deseado pero previsto y la acción se despliega con desidia del resultado dañoso probable, se configura el dolo eventual.

En aquellos casos en que se desconoce o se carece de certeza sobre el vínculo biológico y aun así se imputa la paternidad a un sujeto, media un actuar negligente y por tanto su conducta es calificable de culposa.

En ambos supuestos, podrá ser responsabilizada por los daños causados tanto al hijo, por el emplazamiento en una filiación contraria a la verdad biológica, al progenitor biológico por el ocultamiento de su hijo, como al progenitor reconociente, si este fue inducido en error por la progenitora.

Así lo ha considerado Ordoqui, quien refiere a la situación en que progenitora le adjudica la paternidad a un hombre a sabiendas de su falsedad con el fin de "*obtener un rédito económico del falso progenitor".* En esta hipótesis Ordoqui entiende que habrá dolo en la conducta de la progenitora imputándose responsabilidad por los daños causados, pero no al hijo sino al falso progenitor reconociente (2012, pp. 419). En cuanto al hijo, habrá de analizarse el factor de atribución, dado que la conducta materna no fue desplegada con intención de dañar, podrá catalogarse de dolo eventual o culpa.

b. Omisión o demora en informar fehacientemente o iniciar acciones judiciales

En el presente apartado se analiza la responsabilidad de la progenitora por su actuar negligente en informar al progenitor de su vínculo biológico con su hijo, y

cuando omita iniciar las acciones judiciales tendientes al emplazamiento de su hijo en el estado civil que le corresponde.

En primer lugar, se analizará la omisión o demora en informar al progenitor en forma fehaciente de la existencia del vínculo biológico o bien de la propia existencia del embarazo o del hijo.

Acorde a la postura adoptada en este estudio esta notificación - ya sea formal o informal- hace nacer la obligación de reconocer al hijo. En efecto, se considera suficiente la notificación por cualquier medio fehaciente -que pueda ser acreditada- no siendo necesario ni el emplazamiento judicial de la acción de investigación de la paternidad, ni tampoco la certeza del vínculo dada por la notificación del resultado positivo de las pruebas de ADN, para dar nacimiento a la obligación legal de reconocer.

Asimismo, en el presente apartado se analiza la responsabilidad de la progenitora en caso de que la misma demore injustificadamente, o bien omita iniciar las acciones tendientes a la determinación de la paternidad o por la demora en iniciarlas en cumplimiento del ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad.

iii. Antijuridicidad de la conducta en la omisión o demora en informar o iniciar las acciones de investigación de la filiación.

Sobre la antijuridicidad de la conducta materna en las hipótesis en que la misma omita o demore significativamente, ya sea en informar al progenitor sobre su paternidad o bien en iniciar las acciones de investigación de la paternidad cabe realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, corresponde relevar que en el derecho uruguayo la acción de investigación de la filiación es prescriptible, conforme lo prevé el art. 198 del CNA el dies a quem del plazo de prescripción es a los 25 años de edad del hijo.

A su vez, si bien el hijo tendrá oportunidad de iniciar por sí mismo las acciones de investigación de la filiación -una vez que adquiera la mayoría de edad y hasta

sus 25 años-la demora en el emplazamiento produce un agravamiento del daño causado. A ello se suma la consecuente pérdida de los alimentos que debió servir el progenitor, siendo un extremo relevante en la avaluación de la indemnización de los daños.

La doctrina argentina ha analizado expresamente el punto, calificando como antijurídicas las diversas conductas que por acción u omisión vulneren el derecho a la identidad del hijo e incluso del progenitor biológico. Se reputa como antijurídica a la omisión de la madre de accionar oportunamente para reclamar la filiación del hijo en su representación (Famá, 2013, p. 2).

iv. Incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad

La cuestión fue discutida en doctrina argentina a raíz de lo previsto por el art. 255 de su Código Civil, que establece la necesidad de contar con la conformidad de la madre para iniciar la acción de reclamación de filiación. De la referida disposición se extrae que la madre tiene el deber de informar quién es el progenitor a los fines de instar la acción de emplazamiento, y consideran que la inobservancia de esta carga y, por extensión, la inacción de la representante legal, es pasible de generar la responsabilidad por los daños y perjuicios que le fueren ocasionados al hijo (Famá, 2013, p. 12).

Medina reconoce que *"podría decirse que la madre, como representante del menor, es quien se encuentra obligada a representarlo en juicio y que, de no reclamar ella, el incapaz no lo puede hacer"* (Medina; 2008, p. 125). Aquí se encuentra el punto de inflexión en la responsabilidad de la madre, resultando uno de los argumentos más fuertes a favor de su responsabilidad, como a continuación se pasa a analizar.

Por otro lado, afirma Ordoqui que se debe establecer en cada caso si la conducta de la progenitora, omisa en cuanto a las acciones judiciales, tuvo incidencia causal en el daño provocado al hijo y en consecuencia favorece al progenitor. Argumenta que la progenitora tiene derecho de exigir el reconocimiento, pero no tiene plazo para ello, calificándolo como una situación jurídica activa y no pasiva,

concluyendo que "*la demora en el accionar no puede ser un eximente o atenuación del monto reparatorio"* (2012, p. 425).

Contrariamente a la citada postura, se postula en este estudio que el inicio de las acciones tendientes a obtener el emplazamiento filiatorio resulta claramente, además de un derecho, un deber inherente a la patria potestad de la que se encuentra en ejercicio.

Se le requiere a la progenitora que informe la identidad del progenitor bilógico, pero también que dé cumplimiento a los deberes inherentes a la patria potestad que pesan sobre ella. En primer lugar, notificar fehacientemente al progenitor, para hacer nacer su obligación de reconocer, y en segundo lugar, si el progenitor permanece inerte, iniciar las acciones judiciales tendientes al reconocimiento y efectivización de los derechos de su hijo.

Sobre el punto se ha pronunciado el TAF de 1er Turno en Sentencia 20/2016, de fecha 17/02/2016, *"la acción de investigación de paternidad le pertenece al hijo (art. 241 CC; 198 núm. 1 CNA), la progenitora es solamente su representante legal"*. Pero no se trata de la legitimación para iniciar la acción, sino de prestar una conducta diligente en el ejercicio de sus deberes inherentes a la patria potestad, incoando las acciones legales correspondientes ya sea para menguar el daño o para prevenirlo.

Por su parte, Medina comentando jurisprudencia argentina, concluye que *"si bien es cierto que la madre pudo haber ahorrado a la hija parte de sus sufrimientos con una denuncia deducida más tempranamente, no lo es menos que la madre sí reconoció a la hija en su momento, cumpliendo con su deber de progenitora"* (2002, p. 140). Sin embargo, el cumplimiento del deber de reconocer no exime del cumplimiento de los restantes deberes previstos en la normativa, integrando todos el cúmulo de deberes inherentes a la patria potestad, en el ejercicio de la misma se carga con todos de forma conjunta, no indistinta.

En efecto, si bien la progenitora no es la titular de los derechos vulnerados mediante el incumplimiento paterno, al encontrarse en ejercicio de la patria

potestad pesa sobre la madre el deber de tutela de los derechos de su hijo, y como corolario de ese deber tiene que iniciar las acciones legales necesarias para que dichos derechos sean respetados o ejercidos. Esto constituye a su vez, una manifestación del deber de minimizar el daño que la conducta del progenitor omiso le causa al hijo en común entre ambos.

Lo expuesto emerge de lo previsto en el art. 16 del CNA que prevé entre sus literales como deberes inherentes a la patria potestad *"D) Colaborar para que sus derechos* (de los hijos) *sean efectivamente gozados. E) Prestar orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos*". De las citadas normas resulta claro que los padres en ejercicio de la patria potestad tienen el deber de tutelar los derechos de sus hijos, por cuanto la ley les confiere esta representación ante la carencia de la capacidad de raciocinio suficiente para poder hacerlo por ellos mismos. En suma, tienen la obligación legal de actuar en representación de sus hijos en procura del respeto de sus derechos.

En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia uruguaya en sentencia No. 270/2007 del TAF de 2do Turno, fallo en el que se exonera al progenitor incumplidor por los daños causados en el período en que no tuvo conocimiento fehaciente de su paternidad. El citado tribunal sostiene que *"los años que se demoró en promover la acción (de reconocimiento de la paternidad), no son de cargo del demandado"*. Al respecto debe realizarse una salvedad, la afirmación citada es corolario de la postura adoptada por el tribunal en cuanto a la configuración del factor de atribución en la responsabilidad paterna, ya que entienden se configura una vez que el progenitor adquiere conocimiento fehaciente de su paternidad, con la notificación del resultado positivo del estudio de ADN practicado como medio de prueba en el marco del proceso judicial de investigación de la filiación. Como consecuencia de esta postura, se descarta la indemnización por los daños causados durante el lapso de tiempo en que el progenitor tuvo conocimiento informal de su probable paternidad, postura que se rechaza acorde a las conclusiones arribadas en el capítulo respectivo. Vale destacar que en el mismo caso, en Sentencia de 1era instancia No. 174/2006 dictada por el Juzgado Letrado de 1era Instancia de Salto de 1er Turno (de fecha

28 de setiembre del 2006), se descartó la demora en iniciar las acciones de investigación de la filiación. En dicho fallo se consideró que no se configuró el alegado hecho de la víctima, por la demora en iniciar acciones de investigación de la filiación, por cuanto no median los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad.

En consecuencia, esa inacción materna en informar al progenitor puede reputarse como la causa del incumplimiento paterno e interrumpir el nexo de imputación del daño padecido por el hijo. La madre puede incluso ser responsabilizada por el propio padre quien se ve privado de ejercer los derechos que el vínculo biológico le confiere, comenzando por el reconocimiento y todos los que de él derivan.

v. Deber genérico de no dañar y/o de morigerar el daño-

A continuación se analizará la aplicación a la hipótesis en estudio del deber genérico de no dañar. Se advierte que puede considerarse que integra la antijuridicidad de la conducta materna pero se trata por separado a efectos de estructurar el análisis.

La doctrina argentina ha postulado que la tutela preventiva o inhibitoria a la que se había recurrido en numerosos precedentes, ahora se incorpora en el texto normativo vigente, calificándola como una herramienta de gran utilidad para prevenir la producción de daños, especialmente aquellos irreversibles (Fillia, 2020, p. 69).

La actual normativa argentina en la materia plasma a texto expreso el deber de prevención del daño en sus arts. 1710 y 1711, estableciendo el deber de toda persona, no solo de evitar causar un daño no justificado y de no agravarlo una vez producido, sino que además de adoptar medidas razonables para evitar que se produzca un daño o bien morigerar su magnitud a pesar de que el responsable sea un tercero. Mientras que el art. 1711 prevé la procedencia de la acción preventiva, ante la previsibilidad de la producción de un daño, su continuación o

agravamiento, a pesar de que no medie concurrencia de factor de atribución alguno.

Esto resulta trasladable a la hipótesis en estudio porque, en definitiva, esta acción preventiva constituye un deber de la progenitora – a pesar de su calidad de tercero- aún ante el legítimo desconocimiento del progenitor – por cuanto no se requiere factor de atribución- y por ser la ocurrencia del daño claramente previsible para la persona media.

También sostuvo Medina que con la redacción actual del artículo 587 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina no queda lugar a dudas en cuanto a la responsabilidad atribuible a la progenitora *"por no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la paternidad, ya que una de las obligaciones de la responsabilidad civil es la preventiva"* siendo impuesto a toda persona el deber genérico de no dañar y de evitar causar un daño no justificado. Concluye que "*la madre tiene el deber de evitarle al hijo el daño por la falta de reconocimiento paterno"* (2015 C, p. 15). Se coincide con la citada autora en su apreciación, aunque se destaca que *"evitar causar"* un daño no equivale estrictamente a *"evitar que otro cause"* un daño, dado que el autor del daño es el progenitor incumplidor y no la madre, porque ésta no es la víctima del daño ni su autor, y por tanto reviste la calidad de tercero.

Por su parte, Fillia reputa indubitable la antijuridicidad de la conducta de la progenitora que no promueve la acción de investigación de la filiación a tiempo. Ello porque al no reclamar el reconocimiento en representación de su hijo está incumpliendo el deber jurídico de tutelar el derecho a la identidad de su hijo, responsabilizándola por el daño que dicha omisión le cause. La citada autora realiza una salvedad compartible, el principal responsable será el progenitor omiso, pero no puede soslayarse la incidencia causal de la conducta materna que favorece el agravamiento o consolidación del daño sufrido. Así, concluye que dado que la progenitora tiene el deber jurídico impuesto por el art. 1710 del CCy C de la Nación, que trasunta en el deber de evitar causar un daño no justificado, y en particular en adoptar -de buena fe y acorde a las circunstancias-

las medidas razonables para evitar la producción de un daño, o bien reducir su impacto (2020, p. 82).

En el derecho uruguayo, si bien no existe norma expresa que lo prevea se considera que el deber de morigerar el daño, o esta función preventiva de la responsabilidad civil, surge del art. 1319 y a su vez tiene raigambre constitucional. Este principio emerge de la interpretación de los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución de la República, de la que surge el derecho a la indemnidad o derecho a no sufrir daños, y en forma correlativa a este derecho, se encuentra el deber genérico de no dañar y de prevenir la producción de daños. Esta situación jurídica pasiva grava a todos los sujetos, con carácter general y que implica también el deber de prevenir daños (Mariño, 2018b, p. 18).

Asimismo, dentro de la prevención del daño se comprende el deber de minimizar o mitigar los daños, incluso evitar que existan nuevos daños o que éstos se agraven una vez producidos (Mariño, 2018b, p. 18).

A su vez, conforme ya se argumentó el efectivo conocimiento del progenitor de la existencia del hijo y del vínculo biológico constituye un requisito indispensable para entender configurada la responsabilidad del padre y la procedencia de la indemnización del daño causado al hijo. Como consecuencia, la omisión materna en notificar fehacientemente al progenitor acarrea la exoneración de responsabilidad paterna, por cuanto éste desconoce que con su pasividad está incumpliendo su obligación legal.

Por otro lado, conforme lo explica Medina en otra de sus obras -si bien la progenitora no puede ser reputada responsable del daño causado al hijo- *“producido el daño, la reparación debe ser realizada lo más prontamente posible para no agravarlo*”. La citada autora refiere al daño psicológico producido al hijo *“carece de sentido esperar hasta la mayoría de edad para solicitar su reparación”* (2002, pp. 129 y 130).

Sobre el punto, Mosset Iturraspe reflexiona sobre del deber de morigerar el daño, señala que constituye una especie dentro del hecho de la víctima, ya sea como

"intervención en la prolongación o agravamiento del daño" o bien como *"su no contribución a la disminución del daño"*. Agrega el citado autor que el derecho impone al perjudicado por un hecho ajeno "*la adopción de comportamientos o conductas, medidas al fin, que apunten a salir del perjuicio, cuando éste, por su índole, tiende a prolongarse; a ello va unido el hacer por la disminución de las consecuencias, sea en su número, sea en su intensidad"* se menciona en doctrina como *"deber del perjudicado de mitigar o atenuar el daño sufrido"* (1997 B, p. 135).

En materia de responsabilidad contractual, sostiene Vidal Olivares que a pesar de que en el derecho chileno -al igual que en el uruguayo- no existe norma expresa que imponga conductas al acreedor posteriores al incumplimiento, se infiere lógicamente como *"inaceptable construir un sistema en el que solo esté presente la protección del interés del acreedor"*. Agrega que la idea de gestión razonable de los efectos del incumplimiento o de los remedios puede extraerse del principio de la buena fe objetiva, que le impone al acreedor un deber de conducta frente al incumplimiento (2009, pp. 4). El citado autor entiende que *"exigir una indemnización plena en circunstancias que parte de ese daño era razonable que el acreedor lo minimizara, contradice abiertamente el principio de obrar de buena fe"* (ídem, pp. 8).

Con respecto al alcance de esta situación jurídica pasiva, la reputa una carga, y la reduce a la actuación *"como lo haría una persona razonable en su lugar"*, que dependerán de las circunstancias concretas y consistirá en adoptar medidas tendientes a mitigar o evitar los daños, incluso aunque no resultaren eficaces para lograr esta finalidad (ídem, p. 6). Asimismo, refiere a que esta carga es una manifestación de un principio evidente desde tres puntos de vista diversos. Desde el punto de vista lógico, por cuanto no existe razón por la cual permitir a la víctima que permanezca pasiva frente al daño, esperando su reparación. Desde la perspectiva moral porque entiende como obligación la de cada individuo de cautelar sus propios intereses. Por último, identifica un enfoque económico consistente en la obvia utilidad general que impone la evitación de daños o su morigeración (ídem, pp. 7).

Finalmente, en cuanto a la postura de Vidal Olivares, cabe destacar que el citado autor arriba a esta solución, no solo por la aplicación del principio de buena fe sino aplicando los criterios de causalidad en materia de incumplimiento (2009, p. 8). En consecuencia, si el acreedor omite el cumplimiento de su deber de morigerar o evitar el daño que la razonable diligencia le exige, adoptando precauciones y medidas acordes a las circunstancias concretas, esta omisión *"constituye un factor que rompe la necesaria relación de causalidad, desde que el aumento o agravamiento de los daños sufridos por el acreedor ya no es una consecuencia inmediata del incumplimiento, sino de la pasividad del acreedor"*. Entonces, entiende que el daño será consecuencia directa del incumplimiento pero ya no inmediata, interfiriendo en la cadena causal la conducta del acreedor que provoca la exclusión de la indemnización por ese daño, que es calificable de evitable (Vidal Olivares, 2009, pp. 8).

En efecto, se genera un problema de causalidad, dado que la omisión del deber de morigerar el daño no exime a quien lo haya causado. En todo caso cada uno responderá por el daño que su acción u omisión hubiere aparejado, configurándose una hipótesis de cocausación del daño y deberá delimitarse el monto a ser indemnizado y el monto a ser soportado por la víctima. Ahora bien, tratándose de la demora en iniciar acciones por la progenitora, la víctima resulta el hijo en común entre ambos progenitores, no la madre, por tanto, el deber de morigerar el daño que pesa sobre la víctima no le sería exigible.

Medina comentando el nuevo Código Civil y Comercial Argentino argumenta que: *"toda persona tiene el deber, en cuanto a ella dependa, de evitar causar un daño no justificado (…) resulta claro que la madre tiene el deber de evitarle al hijo el daño por la falta de reconocimiento paterno"* (2015, p. 35). En este comentario puede verse como la evolución del derechos de daños ha repercutido en la opinión de la multicitada autora, quien, siendo especialista en la materia, reconoce un cambio como consecuencia de la reforma legislativa que ha tenido el vecino país.

En efecto, en materia de prevención del daño, las nuevas tendencias postuladas por el Derecho de Daños, se establecieron distintos supuestos que alcanzan al

posible autor del daño -que debe evitar su causación- al tercero -que no lo causa pero que debe atenuar sus efectos nocivos- y a la propia víctima -que no debe agravar el daño ya causado y experimentado-. Como corolario, la progenitora será responsable en tanto su conducta omisa viole este deber de atenuar los efectos nocivos del daño, aún siendo considerada un tercero en la relación dañosa. Porque no es cualquier tercero, sino que se encuentra en una posición en la que tiene a su alcance la posibilidad de evitar el daño, su ocurrencia o agravamiento.

Siguiendo a De Lorenzo, la responsabilidad por omisión surge cuando una relación jurídica le impone al sujeto un deber de actuar para evitar el daño, trascendiendo el deber genérico de abstención (1996, pp. 90-93). En consonancia con lo expuesto supra, cabe concluir que la madre se encuentra obligada a evitar o prevenir el daño, deber que surge tanto del principio neminem laedere como de las responsabilidades inherentes al ejercicio de la patria potestad previamente mencionadas.

Por tanto, las apreciaciones realizadas por doctrina argentina son en todo trasladables porque es la progenitora la única que puede iniciar las acciones en representación de su hijo -mientras dure su minoría de edad- más allá de que le sea designado un defensor o curador ad litem al niño, es claro que su condición de incapaz y la carencia de medios propios constituyen obstáculos para su acceso a la justicia.

Como consecuencia de la aplicación de este deber de morigerar el daño, se la obliga a adoptar medidas “razonables” para evitar que se produzca el daño, o una vez producido intentar disminuirlo. En definitiva, le será imputable el daño causado por la demora en iniciar las acciones de filiación en representación de su hijo, porque implica el incumplimiento del referido deber, en tanto es la única que tiene a su alcance -durante la minoría de edad del hijo- la potestad de iniciar las acciones judiciales tendientes al emplazamiento de su hijo.

La responsabilidad por el daño causado al hijo por la demora en iniciar las acciones tendientes a su emplazamiento, puede imputarse a la madre, pero

únicamente durante la minoría de edad del hijo, no así a partir de su mayoría de edad cuando puede iniciar las acciones por sí mismo. Estas acciones pueden considerarse que poseen la cualidad de acción de tutela inhibitoria, o de "prevención impropia" del daño.

Sobre el punto, se ha argumentado que en etapas muy cercanas al nacimiento del niño no le sería imputable a la progenitora la omisión en iniciar las acciones, pues puede estar aguardando de buena fe el cumplimiento del progenitor, porque tendría aún una legítima expectativa de cumplimiento voluntario. Pero, acorde a esta postura *"transcurrido un lapso razonable"* de tiempo la madre tiene la obligación de accionar (Vivanco, 2017 p. 299 y 300). Este lapso razonable, se ha fijado en la edad de cinco años del hijo, reputando que posteriormente la madre incurre en responsabilidad porque le es exigible el inicio de las acciones legales en defensa de los derechos de su hijo. Concluyendo que de *"persistir en su negativa a accionar, ella queda responsable, junto con el padre, de todos los eventuales daños que se generen"* (Vivanco 2017, p. 311). Cabe señalar que resulta arbitraria la fijación de la edad del hijo en 5 años, basándose en el inicio de la etapa escolar, tampoco se define el "plazo razonable". A su vez, al referirse a la pérdida posterior de relevancia de la conducta dañosa una vez transcurrido dicho plazo, no se fundamentan los motivos ni qué repercusión tiene esa pérdida de relevancia. En cualquiera de los casos no existe un respaldo normativo ni argumentativo apropiado que sustente esta postura.

Como conclusión de los argumentos expuestos emerge que la antijuridicidad de la conducta inerte de la progenitora (u omisión) radica en dos pilares separados. Por un lado el deber de accionar en cumplimiento de los deberes inherentes de la patria potestad previsto en el art 16 del CNA de actuar en representación de su hijo. Por otro lado, el deber que emerge de los principios y normas del derecho de daños, en particular el deber genérico de no dañar y el de prevenir y/o morigerar el daño causado a su hijo. Se considera que tales deberes se ven incumplidos tanto en los casos en que se demore (o directamente se omita) durante la minoría de edad del hijo el inicio de las acciones correspondientes. Se destaca especialmente aquellos casos en que se omita notificar fehacientemente

al progenitor de su vínculo con el hijo, en tanto traerá aparejado la imposibilidad del hijo de reclamar los daños causados por el progenitor, ya que no podrá entenderse configurado el factor de atribución a su respecto, eximiéndose de responsabilidad hasta adquirir efectivo conocimiento de su paternidad.

En suma, la responsabilidad de la progenitora en proporción al daño causado al hijo por su conducta omisa, dependerá de la elección de éste de demandarla. Por cuanto no puede el progenitor omiso ampararse en la omisión materna en reclamarle el cumplimiento de su obligación legal, para proyectar en ella las consecuencias gravosas de su propia conducta.

Cabe señalar que acorde a la postura sustentada por Vidal Olivares es el deudor quien debe alegar como defensa la omisión de las medidas mitigadoras, y el monto de la indemnización de los daños quedarán sujetos a reducción en la extensión en que los mismos pudieron ser evitados o aminorados con la adopción de medidas razonables (2009, pp. 9).

vi. El factor de atribución en la omisión o demora en informar o iniciar las acciones de investigación de la filiación.

A continuación se analiza el factor de atribución en la conducta desplegada por la progenitora en las hipótesis dañosas en análisis. Es decir, la omisión de notificar fehacientemente al padre de la gravidez o nacimiento del hijo y/o iniciar acciones tendientes al emplazamiento de su hijo en el estado civil correspondiente.

Conforme se ha expuesto, la conducta materna no será un factor neutral en la producción del daño, sino que constituirá una circunstancia que consolide o agrave el mismo. Su inacción priva al hijo de la posibilidad de acceder al emplazamiento en el estado civil que le corresponde y los derechos que de él derivan hasta su mayoría de edad, prolongando y consolidando las consecuencias lesivas del incumplimiento paterno. La falta de actuación de la progenitora resulta imputable en tanto coadyuva a la permanencia del estado de vulneración de los derechos del hijo.

Cabe recordar la definición legal de culpa contenida en el art. 1344 del CC según la cual se le exige al sujeto la actuación diligente acorde a un parámetro de conducta abstracto, equiparable a la "diligencia del buen padre de familia", la actuación contraria a este parámetro, que se aparta del debido cuidado o diligencia propio del hombre medio, se reputa culposa.

Gamarra sostiene que existe un principio general, que impone el deber de conducirse con prudencia y diligencia*, "esta regla superpone a las anteriores una segunda, de prevención del daño, capaz de abarcar todas las conductas posibles"* (1994, pp. 112). El citado autor llega a la conclusión de que "*fuera de las prescripciones concretas de la ley o el reglamento existe un deber general (de origen legislativo) que impone a todos los sujetos que viven en sociedad el comportarse con la diligencia del buen padre de familia"* este deber incluye los deberes de no ser imprudente, negligente, ni imperito (1994, pp. 113 y 114).

De la definición de culpa antes referida, se extrae que la madre debe prestar la debida diligencia en su accionar, previendo el daño que es claro le causará la omisión en el reconocimiento del padre y desplegar las acciones necesarias para tutelar los derechos de su hijo, ya sea notificando fehacientemente al progenitor de la existencia del vínculo con su hijo o incluso iniciando en su representación las acciones legales que el ordenamiento jurídico le acuerda.

En efecto, una conducta diligente de la progenitora constituiría una actuación activa orientada a la efectivización de los derechos de su hijo. En consecuencia, la falta de diligencia en su obrar configura culpa en su omisión, contribuyendo al agravamiento del daño originado por la falta de reconocimiento del padre. Por lo tanto, cabe concluir que en tales supuestos concurren los elementos necesarios para que opere la responsabilidad de la madre, aunque únicamente en calidad de concausa respecto del daño generado por la omisión paterna y no de manera autónoma. Dicha participación no actúa como causal de exoneración, sino como un factor de atenuación de la indemnización, corresponde diferenciar el daño atribuible a cada progenitor y determinar la reparación conforme a dicha proporción.

Incluso puede considerarse la hipótesis que la progenitora reconociente, opte conscientemente y no por mera negligencia, en aguardar a que el hijo alcance el raciocinio suficiente, acorde a su autonomía progresiva, aún hasta la mayoría de edad y tome una decisión razonada sobre el inicio de las acciones de investigación de la paternidad. En puridad, esa inacción consciente atenta contra el derecho del progenitor a reconocer a su hijo -si desconoce el vínculo biológico- y al mismo tiempo contra el derecho a la identidad de su hijo. En consecuencia, ese argumento no justificaría la omisión materna permaneciendo su conducta como antijurídica – en tanto omisión violatoria de un deber jurídico- y culpable – en tanto no actúa con la diligencia debida- .

En el relevamiento practicado para este estudio no surgen sentencias nacionales que se pronuncien sobre el punto. Pero en otros países se han relevado fallos en hipótesis similares que requieren que medie en la progenitora el factor de atribución dolo para entender procedente la indemnización de los daños y perjuicios causados al marido por haber reconocido y conferido el trato de hijo a quien no lo era, sino el de su esposa con otra persona (Farnós, 2007, p. 5 y 6, comentario a la sentencia SAP de Barcelona, Sec. 18a, de 16.1.2007 (RJC 1/2007, MP: Ma Dolores Viñas Maestre).

Conforme ya se ha expuesto, no es necesario un factor de atribución especialmente calificado, sino que aplica la normativa general de la responsabilidad civil la que no requiriere que medie dolo para que se configure la responsabilidad por daños. En consecuencia, el referido requerimiento no tiene sustento normativo alguno, sino que por el contrario siempre que medie una ocultación de la paternidad, por acción u omisión, ya sea que se le oculte al progenitor o al hijo, se configura su responsabilidad.

La conducta de la progenitora podrá ser catalogada como dolosa únicamente cuando -con deliberada intención- a sabiendas de que el reconociente no es el progenitor del niño lo haga incurrir en error a fin de obtener un emplazamiento.

Por el contrario será culposa cuando omita adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño a su hijo. Dicha diligencia puede consistir en promover las acciones

judiciales correspondientes, en notificar de manera fehaciente al progenitor biológico o -ante la duda sobre la paternidad de su hijo- en procurar la realización de los estudios de ADN pertinentes para la determinación de la paternidad. En particular en cuanto a la notificación fehaciente de su posible paternidad que conforme a los postulados de este estudio, se requiere para el nacimiento de la obligación del progenitor y su responsabilidad en caso de incumplimiento. De omitirse deja al hijo sin posibilidad de reclamar la indemnización por el daño padecido.

Al respecto cabe destacar que no se habrá configurado el hecho de un tercero que lo exonere de responsabilidad porque la conducta de la madre, de negligente inercia, no reviste la calidad de imprevisible e irresistible, extremos exigidos en forma constante para considerar configurado el casus.

Conforme afirma Medina pareciera injusto que la madre cumplidora -reconociente y quien asume el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad- por no intentar con anterioridad las acciones tendientes al reconocimiento y se limite por ese fundamento el resarcimiento del daño causado al hijo (2002, p. 125). Sobre esta base, debe invocarse la aplicación el Principio General del Derecho contenido en la máxima *"nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans"*, esto es, que nadie puede ampararse en su propia culpa para proyectar consecuencias gravosas sobre un tercero o bien para exonerarse de responsabilidad cuando le fuere endilgada. Siguiendo esta máxima, el progenitor no podría defenderse alegando que la demora materna acrecentó el daño por su incumplimiento. Sin soslayar el deber materno de menguar o prevenir el daño, no es ésta una defensa válida para intentar la reducción de la indemnización por la que se responsabiliza al padre por su incumplimiento, si este conocía de su posible paternidad.

En suma, la responsabilidad de la progenitora en proporción al daño causado al hijo por su conducta omisa, dependerá de la elección de éste de demandarla. Por cuanto no puede el progenitor omiso ampararse en la omisión materna en reclamarle el cumplimiento de su obligación legal, para proyectar en ella las consecuencias gravosas de su propia conducta.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA: EL PROGENITOR RECONOCIENTE VÍCTIMA DEL DAÑO.

En el presente apartado se analiza la legitimación activa de la progenitora en la hipótesis dañosa en estudio, es decir, su legitimación para reclamar por el daño soportado en forma directa o indirecta y si tal daño reviste la calidad de daño indemnizable.

No puede soslayarse que el legitimado principal para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos por la omisión del reconocimiento es el hijo no reconocido, siendo éste un claro damnificado directo de la omisión del progenitor. En efecto, la acción de investigación de la paternidad es un derecho personalísimo del hijo, en virtud de los derechos vulnerados por el incumplimiento paterno, lo que trae aparejado que sus herederos solo podrán continuar dicha acción pero no iniciarla.

No obstante, se entiende procedente analizar la legitimación de la progenitora para reclamar la indemnización por daños que se le causen tanto como damnificada indirecta, por el daño causado a su hijo, como a sí misma en forma directa.

La legitimación activa para pretender la indemnización del daño, en definitiva, dependerá de si puede considerarse que la progenitora ha padecido o no un perjuicio indemnizable, ya sea una lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial.

Hay una dimensión en que la progenitora es una damnificada directa por la omisión del padre en reconocer a su hijo. Ello porque la afecta directamente en sus derechos o intereses personales y legítimos, siendo jurídicamente tutelados. Esta afectación se traduce en un daño sobre la progenitora que puede ser tanto patrimonial como extrapatrimonial.

A continuación se analizan los extremos que destacados por la doctrina y jurisprudencia, a los efectos de evaluar si la progenitora puede ser considerada víctima de un daño indemnizable.

2. Antijuridicidad de la conducta paterna con respecto a la progenitora

En primer lugar, con respecto a la antijuricidad de la conducta paterna en relación con la progenitora cabe realizar las siguientes consideraciones.

En el derecho uruguayo se requiere que la conducta revista una cierta antijuridicidad acorde con lo previsto por el art. 1319 del CC, en consecuencia dependerá de la concepción de antijuridicidad que se adopte como punto de partida si se reputa configurado o no este requisito.

A priori puede considerarse que no existe un derecho de la progenitora que se hubiere violentado mediante la conducta omisa del progenitor, por cuanto lo que se encuentra previsto es el derecho del hijo a ser reconocido, mas no el derecho de las personas a que sus hijos lo sean.

Así es que la madre no puede iniciar por sí misma la acción de investigación de la paternidad, porque carece de legitimación para iniciarla en nombre propio. Únicamente la tiene durante la minoría de edad del hijo y exclusivamente en cuanto ostenta su representación en uso de los poderes que le confiere la patria potestad, lo que surge expresamente del art. 198 del CNA inc. 1 y 2.

Es claro que, se trata de una lesión a un derecho personalísimo -el derecho a la propia identidad- por tanto, sólo el hijo tiene derecho a ser indemnizado por la vulneración a su identidad. En efecto, la víctima de la conducta lesiva –incumplimiento de la obligación de reconocer- es el hijo quien es el titular del derecho a la identidad que se ve lesionado y no su madre, quien no resulta damnificada directa, por lo que se ha concluido que la progenitora carece de legitimación activa para reclamar la indemnización del daño (Filia, 2020, p. 77).

Así es que la responsabilidad por daños pareciera no alcanzar a la progenitora. En este sentido, considera Medina que solo quien está facultado para exigir determinada conducta jurídica está legitimado para reclamar la indemnización por su incumplimiento, así es que el hijo es quien es legitimado activo, no la

progenitora, *“de cuyos pesares no se duda, pero que resulta ubicada como damnificada indirecta”* (Medina, 2002, p. 133).

También se ha sostenido que “*no todo dolor de la madre, frente a la omisión voluntaria del reconocimiento, es jurídicamente resarcible. De lo contrario, cualquier pariente del niño que hubiera padecido de manera indirecta la situación de desamparo vivida por este podría exigir una indemnización, lo que tornaría infinita la cadena de reclamos”.* En esta postura se releva el requisito para la indemnización del daño, que sea consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual la víctima tenga un interés jurídico reconocido judicialmente (Famá, 2013, p. 7).

En este sentido, la jurisprudencia argentina se ha pronunciado despreciando el dolor padecido por la progenitora al afrontar el nacimiento de su hijo sola causado por la negativa del progenitor de asumir sus obligaciones. Se ha concluido que la progenitora es una damnificada indirecta, en tanto no es titular del derecho vulnerado a la identidad, y por tanto se reputa que carece de legitimación para reclamar la indemnización, correspondiendo únicamente al damnificado directo, el hijo no reconocido, por ser el titular del interés tutelado por el ordenamiento jurídico (Cámara de Apel. Civil y Com. De Mercedes, Sala I, autos PSA c/ARH 11/05/2000, citado por Blanchard, 2016, p. 96).

Cabe destacar como lo hace la doctrina argentina que en algunas hipótesis puede considerarse que la conducta paterna “*menoscaba los derechos fundamentales a la dignidad y a la honra de la madre”* (Famá, 2013, p. 7). En tales casos, la progenitora es considerada damnificada directa, no ya del incumplimiento de la obligación de reconocer -de la cual no es titular- sino de la lesión causada por el progenitor a su derecho al honor, tratándose de un hecho ilícito diverso aunque conexo, extremo que ya se ha analizado en el capítulo correspondiente a la antijuridicidad.

Es cierto que no existe norma expresa, sin embargo, esta ausencia normativa no descarta de plano la responsabilidad por daños que le pudiera irrogar la omisión paterna a la progenitora.

Sostiene Mariño que *"el sistema jurídico uruguayo adopta para la responsabilidad extracontractual un modelo de antijuridicidad material, en el cual los sujetos tienen el deber genérico de no dañar a los demás, complementado por un conjunto de deberes específicos de no dañar en ámbitos específicos"* (2021 B, pp. 858). Como corolario de este sistema de antijuridicidad material, el sistema uruguayo se basa en el deber genérico de no dañar como regla general, lo que comprende figuras ilícitas atípicas, no requiriéndose entonces que la conducta que provoca el daño se encuentre expresamente prevista en una norma para que dé lugar a la responsabilidad del agente.

De lo expuesto se concluye que -además del derecho del hijo a reclamar la indemnización por violentar sus derechos subjetivos- existe un interés digno de tutela cuyo titular es la progenitora que es lesionado por la omisión paterna y de esta lesión puede resultar un daño indemnizable.

En tanto el sistema uruguayo adopta el modelo de antijuridicidad material, se adhiere a las apreciaciones de Mosset Iturraspe, quien afirma que el daño es el elemento central y si se deja de lado la concepción de daño como lesión a un derecho subjetivo y nos apegamos al daño como *"mera lesión a un interés digno de tutela, la eximente de la "no tipificación" pierde relevancia. Previsto o no, tipificado o no es un perjuicio que merece reparación"* (1997 B, p. 122).

Al respecto, Mariño considera que para que proceda la responsabilidad *"la lesión que genera el daño debe recaer sobre un interés propio de la víctima"* éste puede consistir en la *"lesión a un interés simple o de hecho no contrario a derecho del individuo"* (2021, p. 610). Así también lo entiende Medina para quien el daño producido debe consistir en una lesión a un interés simple, no ilegítimo para que constituya un daño indemnizable (Medina, 2002, p. 127).

En concordancia con la postura antes expuesta, Medina, Serna y Guevara entienden por daño indemnizable a toda "*lesión a un interés patrimonial o extramatrimonial"* que legitima a cualquier individuo a promover una acción indemnizatoria y en consonancia con la moderna doctrina concluyen que *"la noción de interés se extiende al interés simple no ilegítimo"* (2005, p.2).

Ahora bien, también es dable considerar a la progenitora como damnificada indirecta del daño padecido por su hijo. Al respecto, siguiendo a Zannoni se considera damnificado indirecto a quien *"ve lesionado un interés propio satisfecho a través de un bien jurídico ajeno que ha sufrido un daño",* este perjuicio es diverso al causado a la víctima del daño, y que es un daño propio y personal causado al damnificado indirecto iure propio, sobre un interés del que es titular que puede ser simple, no contrario a derecho (1993, p. 182). En consecuencia, son damnificados indirectos quienes ostentan un interés legítimo y propio a través de un bien jurídico ajeno que ha sufrido un daño. Así, la legitimación de los damnificados indirectos se extiende a cualquier supuesto en que -en razón del ataque al bien jurídico de una determinada víctima- otros sujetos diferentes a ella experimentan un daño cierto y actual como consecuencia inmediata o mediata previsible del mismo hecho dañoso (Zannoni, 1993, p. 218).

Aplicando la línea argumental de los antecitados autores a la hipótesis en estudio puede concluirse que la progenitora puede padecer un daño reparable, aún habiendo sido víctima indirecta, y a pesar de su calidad de tercero en la relación *autor del daño- víctima directa*. Porque la lesión que provoca la omisión paterna sobre los derechos del hijo puede irrogarle a la misma un daño cierto y actual. En particular es un claro ejemplo el daño moral causado a la progenitora resultante del estrés y padecimiento psíquico que le hubiere causado el rechazo del progenitor al hijo que engendró.

En consecuencia, tiene la progenitora un interés consistente en que el progenitor de su hijo -con quien lo ha engendrado- lo emplace en el estado civil que le corresponde y le confiera los derechos que este conlleva, así como que colabore en las obligaciones y gastos que apareja la crianza. Este interés reviste las características de directo, personal y legítimo, y puede pertenecer a la esfera tanto patrimonial como extrapatrimonial cuya vulneración es indemnizable.

3. El Daño causado a la progenitora

La madre como damnificada directa puede soportar tanto daño patrimonial como extrapatrimonial, pudiendo también considerársela legitimada indirecta en este último caso.

a. Daño patrimonial

En cuanto al daño patrimonial, este puede radicar en el daño emergente que implica asumir el sustento del hijo por sí sola, lo que afecta directamente su patrimonio, provocándole un perjuicio al verse privada de la colaboración del progenitor omiso quien debería aportar a la manutención del hijo mediante la prestación de los alimentos.

Sobre el punto, Ordoqui refiere que la progenitora genera un crédito a su favor cuando es quien cubre los gastos de manutención del hijo sin el aporte paterno, porque ha pagado lo que en parte le correspondía al otro progenitor, teniendo ambos la obligación de prestarle alimentos. En consecuencia, considera a la progenitora como legitimada para reclamar *"por los daños materiales padecidos por la falta de aporte paterno"* (2012, p. 429). Sin perjuicio de ello, se destaca que en esa hipótesis la progenitora también podrá reclamar por un enriquecimiento sin causa del progenitor conforme a las previsiones del art. 1308 del Código Civil.

También podría identificarse el daño padecido como lucro cesante, cuando mediare la pérdida efectiva de una ganancia futura, por ejemplo, al verse privada de continuar con su trabajo o de aceptar un ascenso -por carecer de los medios para conferir los cuidados necesarios a su hijo- .

Por otra parte, hay quienes argumentan que como el bien jurídico protegido es la identidad del hijo, la progenitora no padece un daño en forma directa, sino por *"repercusión o rebote"* porque "*el bien jurídico protegido, no es la integridad patrimonial de la madre, es el derecho a la propia identidad del niño"* (Vivanco, 2017, p. 308). En consecuencia, entienden que la lesión patrimonial sufrida por la madre, que radica en el *"mayor gasto que ella hace (…) no hace sino, mitigar,*

el reclamo económico que hace el hijo a título de pérdida de chance, de tal suerte que no podría el padre correr con ambos" (Vivanco, 2017, p. 308 y 309).

Se discrepa con la posición reseñada, en cuanto a que la lesión causada a la progenitora no es susceptible de reparación, ya que conforme a la posición sustentada en el marco del presente estudio, toda lesión a un interés simple o de hecho no contrario a derecho es susceptible de reparación. En el supuesto en estudio, se concluye que el interés de la progenitora no es contrario a derecho y de su lesión puede resultar un daño indemnizable, específicamente patrimonial por la privación del aporte económico del progenitor al sustento del hijo en común.

A su vez, quienes sustentan la comentada postura en contra de la legitimación de la progenitora consideran que "*la pérdida económica experimentada por la madre, se acerca más a la figura del enriquecimiento sin causa que, a la indemnización de perjuicios. En efecto, lo que ocurre es que el padre ha dejado de efectuar un gasto, enriqueciéndose, al tiempo que, la madre, ha dejado de percibir un ingreso, empobreciéndose"* (Vivanco, 2017, p. 308 y 309). En consecuencia si bien, por un lado se niega legitimación activa a la progenitora posteriormente se la reconoce. Sobre el punto se coincide en que media un enriquecimiento del progenitor, como corolario del ahorro que realiza al abstraerse de sus responsabilidades alimentarias.

Por otro lado, en doctrina argentina hay quienes reconocen que corresponde la indemnización del daño patrimonial causado la madre por los gastos incurridos durante el embarazo y la crianza (Fillia, 2020, p. 75).

Así también lo ha considerado Medina, quien afirma que la legitimación de la madre es indudable "*como legitimada directa cuando reclama el daño material como, por ejemplo, los gastos de parto y de embarazo (…) tanto como la tendría cualquier tercero que se hubiese hecho cargo de estos gastos."* (Medina, 2002, p. 134).

b. Daño extrapatrimonial

En relación con el daño extrapatrimonial es relevante considerar su dimensión tanto directa como indirecta.

El daño directo se reconoce en el dolor o padecimiento emocional que experimenta la progenitora como resultado de la negativa del progenitor a reconocer a su hijo, lo que puede incluso provocar un menoscabo a su honor y reputación.

Por otro lado, como daño indirecto se identifica el dolor o padecimiento que pueda sufrir en forma refleja por el dolor o sufrimiento y las dificultades que enfrenta su hijo debido al rechazo paterno.

Al respecto, Ludueña, Maglieri y Elisii destacan dos posturas en la doctrina argentina. Por un lado refieren a que hay quienes consideran que "*la madre carece de un interés jurídico susceptible de reparación, ya que no existe el deber de garantizar a la madre un padre para su descendencia".* Mientras que por otro lado, afirman que hay una tendencia minoritaria que sostiene *"la existencia de un daño moral directo hacia la madre, distinto al del hijo e igualmente indemnizable"* de un agravio distinto al padecido por el hijo e independiente y consecuentemente ambos son *"acreedores al resarcimiento del daño moral, daño que en el caso de la madre se verifica al haber asumido sola todas y cada una de las etapas del embarazo, parto y crianza"* (2015, p. 5).

El comentado rechazo a la legitimación materna propugnado por la doctrina argentina encuentra fundamento en la limitación expresa de la indemnización del daño moral únicamente a los damnificados directos en el derecho argentino. Tanto en el Código Civil -hoy derogado- como en el vigente Código Civil y Comercial de la Nación se prevé expresamente dicha limitación. Este último, en su art. 1741 dispone expresamente que la indemnización del daño extrapatrimonial no procede en favor de damnificados indirectos en términos generales, previéndose excepcional y limitadamente.

Corresponde tener en cuenta, como lo indica Pizarro que en el derecho comparado se reconoce expresamente la legitimación de la madre para efectuar el reclamo por las consecuencias no patrimoniales acaecidas ante la falta de emplazamiento filiar, remitiéndose al Código Francés, en su art. 340 – 5 (texto reformado por ley 72-3 de 1972), al Código Civil suizo en sus arts. 317 y 318; el Código Peruano en su art. 414; y por último al Código Boliviano en sus arts. 210 y 211 (Pizarro Ramón Daniel, Daño Moral, Ed. Hammurabi, p. 103; conforme: Ludueña, Maglieri y Elisii, p. 6).

Al igual que en otros ordenamientos jurídicos, en el derecho uruguayo, es pacíficamente admitido tanto en doctrina como en jurisprudencia la responsabilidad por el daño causado al damnificado indirecto. Tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial -el llamado daño por rebote o repercusión- siempre que guarde relación causal con la conducta dañosa y revista los requisitos del daño indemnizable. El damnificado indirecto a pesar de no ser víctima inmediata del hecho ilícito, es legitimado para reclamar la indemnización del daño, aunque el suceso lesivo recae sobre otra persona ya que igualmente sufre un perjuicio a consecuencia del mismo suceso (Elorriaga, 1999, p. 369).

Sobre el punto, Medina distingue dos tipos de conductas dañosas en la omisión del progenitor: por un lado, el incumplimiento de su deber de reconocer al hijo, lo que lo legitima a este para reclamar por el daño causado por la violación a su derecho a la identidad personal; y 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 (Medina, 2002 B, p. 139).

En efecto, la progenitora no ve vulnerados los mismos derechos subjetivo que al hijo -identidad, filiación, etc.- sino que será el impacto en su psiquis, el padecimiento que le provoque ese suceso dañoso sobre su descendencia. Esto acarrea una dificultad argumentativa y probatoria, creando un problema del ámbito adjetivo, como ha sido relevado en doctrina (Elorriaga, 1999, pp. 385).

Parte de la doctrina, como Yungano, considera que la progenitora puede ser una damnificada directa ante la injusta negativa de la filiación paterna pero de agravio diverso al padecido por el hijo y de forma independiente de aquél (Yungano, 2000, p. 181).

Postura a la que adhiere Gregorini Clusellas quien sostiene que *"la negativa de filiación consciente, la rebeldía frente a gastos inherentes y la imputación de inconducta no probada de la madre"* produce un daño tanto material como moral que de resultar cierto puede impactar sobre la esfera jurídica tanto del hijo como de la progenitora, y en consecuencia producir dos víctimas en diverso plano (2007 B, p. 57). En el caso del daño moral, el citado autor reconoce una doble proyección *"al hijo por la negativa de filiación y a la madre por su repudio como madre de su hijo, por la negativa a asistirla materialmente por el hecho causado y por los agravios inferidos de parte de quien había sido su relación afectiva íntima"* (ídem, p. 57).

En esta línea se ha entendido que la progenitora puede ser víctima directa de una lesión a su esfera extrapatrimonial, argumentando que la conducta del progenitor le produjo *"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"* llevan a concluir que la madre es legitimada directa (Fillia, 2020, p. 76).

Sin soslayar que las obligaciones legalmente impuestas al progenitor -de reconocimiento, prestación de alimentos y de educación y cuidado- son corolarios de los derechos del hijo, su incumplimiento también impacta en la esfera jurídica materna, resultando tanto el hijo como la progenitora ambos damnificados.

Para ello se destaca que la progenitora tiene un interés legítimo a esperar la satisfacción de la obligación que pesa sobre el otro progenitor de conferir al hijo en común la filiación correspondiente y asumir las responsabilidades que trae aparejada. Por tanto, podrá considerársela titular de un interés vulnerado e indemnizable el menoscabo causado por la omisión paterna.

Conforme a lo antes expuesto, puede sostenerse que, el daño de la progenitora no deriva exclusivamente de la omisión del reconocimiento a su hijo, sino que requiere la concurrencia de otras conductas, incluso activas, como agravios o presiones destinadas a desalentarla del inicio de las acciones de investigación de la paternidad. No obstante, es posible advertir la existencia de un daño moral causado a la madre por el estigma social de ser madre soltera, particularmente en algunos sectores sociales, así como por la carga de asumir en forma exclusiva de los cuidados del niño, entre otras formas de afectación a su esfera extrapatrimonial.

En tal sentido Gregorini Clusellas identifica el daño extrapatrimonial causado "por rebote" a la progenitora con "*asumir sola responsabilidades materiales y morales que la ley y la naturaleza imponen compartir".* Se considera que, como resultado de estas omisiones, se le ocasiona a la progenitora un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor. Sostiene, además, que tales perjuicios deben considerarse acreditados *in re ipsa*, es decir, como una consecuencia natural de la conducta del padre (Gregorini Clusellas, 2007 B, p. 61).

Otros autores consideran que la progenitora es damnificada directa del daño propio, directo y distinto que el causado al hijo por el progenitor, e identifican en *"tener que afrontar el embarazo, el parto y los primeros días de crianza sola, con la vulnerabilidad que tales estados generan, sumado a las distintas prácticas médicas rutinarias, y aquellas otras que podrá experimentar ante complicaciones propias y frecuentes de dicho tránsito. Todo ello, frente a un padre que no asumió ninguna responsabilidad ni contribuyó en modo alguno."* (Ludueña, Maglieri y Elisii, 2015, p. 7).

Asimismo, Ordoqui se pronuncia en la misma línea, afirmando que la progenitora reconociente padecerá junto con el hijo la falta de apoyo económico y afectivo del padre, siendo ambos titulares directos de diversos intereses afectados por la inconducta del padre. El daño causado a la madre en los referidos casos será directo porque lesiona un interés del cual es titular. En consecuencia, el progenitor reconociente estará legitimado a requerir el resarcimiento de los

daños que se le causen e incluso afirma que el daño moral causado a la progenitora *"puede resultar in re ipsa"* (2012, p. 427).

Este daño, acorde a la postura de Ordoqui puede ser indirecto, por cuanto "*ve sufrir al hijo y ello a su vez le causa un dolor o daño complementario"* sino que puede ser directo porque ve afectados *"valores como los referentes a la serenidad familiar, daños a su vida de relación y, en la eventualidad, incluso daños psicológicos"* (2012, p. 433).

Se destaca que en el relevamiento efectuado de la jurisprudencia no se hallaron sentencias nacionales que se pronuncien sobre la legitimación de la progenitora. Sin embargo, en oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia argentina otorgó la indemnización por daño moral a la madre como damnificada directa señalando que el reclamo *"se funda en factores que demuestran el perjuicio sufrido de manera inmediata, principal, directa y exclusiva por esta",* pero aclaran que el daño deriva no del desconocimiento filiatorio sino en *"los hechos concomitantes con el embarazo, posteriores y conexos al mismo (…) tuvo que llevar adelante el embarazo sola y los primeros meses de atención de la menor A. P. sola, sin la compañía de aquél con quién, según los propios dichos del demandado, tuvo una relación sentimental de pareja."*(Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes (ST Corrientes), 24/10/2013, S.,J. S c. J. C. E. s/ filiación, publicado en La Lay Online, AR/JUR/73500/2013, conforme: Ludueña, Maglieri y Elisiii, 2015, p. 6).

Para concluir, acorde a los postulados del Derecho de Daños "*se tiende a que todo daño tenga su reparación, y que ésta sea integral"* tendencia que no puede ser ajena a los daños causados en las relaciones de familia, lo que deriva en la admisión de la responsabilidad paterna por el daño causado directa e indirectamente a la progenitora causado por el incumplimiento de sus deberes tanto materiales como morales (Blanchard, 2016, p. 798).

En la misma línea, los antecitados autores Ludueña, Maglieri y Elisii consideran que el principio jurídico del neminem laedere - rector del Derecho de Daños- que tiene raigambre constitucional y que es por sí mismo suficiente para considerar

procedente la indemnización de todo perjuicio causado a un tercero sin necesidad de ninguna otra normativa infra constitucional así lo prevea (2015, p. 8).

Por su parte, Fernández Sessarego afirma que -conforme a la doctrina y jurisprudencia comparada- el principio rector de la responsabilidad civil es que *"todo daño a la persona, cualquiera sea su origen o naturaleza, debe ser reparado"*, así es que concluye *"la persona es el centro del derecho y éste ha sido creado para su protección preventiva , unitaria e integral"* (2016 A, p. 38).

En efecto, el marco de las posturas adoptadas en el presente estudio, siguiendo un criterio amplio y receptivo de los principios de reparación integral, razonabilidad, equidad, buena fe y solidaridad, así como preceptos constitucionales de protección a la familia y el principio jurídico del neminem laedere, se concluye que la progenitora tiene legitimación activa para reclamar el resarcimiento del daño que la se le causare.

Este daño se identifica con el perjuicio causado sobre la esfera extrapatrimonial de la progenitora en forma directa, causado por cursar el embarazo, parto y crianza del hijo en forma solitaria, incluso en los agravios sufridos en el juicio de investigación de la filiación.

Aún cuando se la considere titular de un interés simple, el daño causado puede ser resarcible, por cuanto incluso la lesión causada a intereses simples – de no ser reprobados por el ordenamiento jurídico- es indemnizable, de lo cual se ha concluido que sufre un daño propio que debe ser resarcido (Blanchard, 2016, p. 797 y 798).

En definitiva, es por demás razonable y de toda justicia que las consecuencias lesivas patrimoniales y extrapatrimoniales padecidas por la progenitora sean indemnizadas, por cuanto es titular de un interés, siempre que sea debidamente acreditado el factor de atribución y guarden una relación de causalidad con el accionar paterno.

4. Otro ilícito conexo: Violación al derecho al honor

Por otro lado, el hecho ilícito que causa el daño a la progenitora puede radicar en otras conductas desplegadas por el progenitor, distintas del incumplimiento de su obligación legal de reconocer. En este sentido la conducta paterna -tanto en juicio de investigación de la filiación como fuera de él- puede vulnerar el derecho al honor de la progenitora e irrogarle un daño moral.

En tal sentido, Gregorini Clusellas considera que el ilícito respecto de la progenitora "*no será el desconocimiento filiatorio del padre sino los hechos posteriores y conexos al mismo, algunos de los cuales proyectan su agravio más directamente a la madre que al hijo"* (2007 B, p. 59).

El referido ejemplo se ve plasmado en la Sentencia No. 174/2006 dictada por el Juzgado Letrado de 1era Instancia de Salto de 1er Turno- (de fecha 28 de setiembre del 2006) en la cual, al fijar el daño moral refiere al daño al honor padecido por la hija, que se sustenta en *"el destrato y desconsideración del demandado cuando en el juicio de investigación de la paternidad refirió a la forma y circunstancias en que ella fue concebida atribuyéndole a la madre conductas ligeras y reñidas con las buenas costumbres que no fueron probadas en ese juicio acreditándose verazmente exactamente todo lo contrario"* . Este accionar paterno configura una lesión al honor de la progenitora y en forma refleja al honor de la hija en común. En dicho caso, la progenitora poseía una clara legitimación activa para demandar por el daño directo que la conducta le provocó.

Importa señalar, como lo hace Gregorini Clusellas, que determinados casos de agravio al honor materno son descartables como releva cuando se hubiera acreditado la *"exceptio plurium concubentium"* que motivare las dudas fundadas del padre sobre su paternidad (2007 B, p. 61). No pueden considerarse fundamento que sustente una lesión al honor de la progenitora, principalmente por ser una defensa admisible en juicio a efectos de acreditar la falta de negligencia en su conducta, de poseer sustento fáctico no resulta un agravio al honor.

Por otro lado, cabe señalar que en el relevamiento efectuado por la doctrina argentina de los fallos judiciales de dicho país, en aquellos en que se admite la legitimación materna se enumeran diversas conductas que lesionan derechos al honor; al nombre; a la honestidad; a las afecciones legítimas y a la intimidad de la progenitora, con repercusiones personales, sociales y familiares, incluso un trato discriminatorio en el transcurso del proceso y en el abuso de las vías procesales tendientes a obstaculizar su acceso a la justicia (Blanchard, 2016, pp. 97 y Famá, 2013, pp. 10). Tales actos guardan directa relación con la omisión de reconocer, pero constituyen conductas sustancialmente diferentes, que vulneran derechos diversos a la filiación del hijo, por tanto son conductas que pueden considerarse como accesorias o conexas en torno al incumplimiento de la obligación de reconocer al hijo extramatrimonial.

En cuanto al derecho al honor se encuentra reconocido y tutelado en primer lugar en normas supranacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 12, y el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 11, ambos instrumentos internacionales ratificados por el Uruguay según antes se refirió, y que a su vez integran el bloque de constitucionalidad por aplicación conjunta de los arts.7, 72 y 332 de la constitución nacional. Asimismo, este derecho se encuentra expresamente reconocido y tutelado por el art. 7 del referido texto constitucional.

Por otra parte en cuanto a la regulación legal, se encuentra en los arts. 333 y 334 del Código Penal Uruguayo que prevén como delitos la difamación y la injuria, los cuales son vulneraciones al derecho al honor.

A las referidas normas también se suma – entre los instrumentos internacionales de rango supraconstitucional- la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), que integrada al Derecho uruguayo por su ratificación y por imperio de los arts. 7, 72 y 332 de la constitución uruguaya, dado que en gran medida los actos relevados en el marco de la hipótesis dañosa en estudio llevados a cabo contra los derechos de la progenitora, constituyen la más de las veces en hechos de violencia y discriminación por su calidad de mujer.

Por tanto, la vulneración del derecho al honor constituye de forma palmaria un ejemplo de lesión directa causada a un derecho subjetivo de la progenitora por acciones llevadas a cabo en el marco de la hipótesis dañosa en estudio, siendo damnificada directa. Tales conductas redundan en un daño del cual es damnificada directa la progenitora que configuran ilícitos diversos pero conexos al incumplimiento de la obligación de reconocer al hijo extramatrimonial.

5. Asunción del riesgo

A continuación se analizará brevemente la postura que entiende que media una asunción del riesgo por la progenitora.

Puede argumentarse que la progenitora no puede reclamar la indemnización del daño por derecho propio por existir de su parte una asunción del riesgo. Es decir, una exposición voluntaria al riesgo, al asumir llevar a término el embarazo, lo que implica un eximente de responsabilidad paterna.

Esta postura puede asumirse especialmente en aquellos casos en que la mujer tuvo la oportunidad de interrumpir un embarazo no deseado, siendo actualmente posible en el Derecho uruguayo desde octubre de 2012 con la entrada en vigencia de la Ley 18.987.

Así también puede ser de recibo en los casos en que la progenitora mantuviere relaciones sexuales con un sujeto unido en matrimonio con otra persona y concibiera a un niño en vigencia del art. 227 del CC, norma que prohibía expresamente el reconocimiento o emplazamiento involuntario del hijo extramatrimonial para las personas unidas en matrimonio.

En el derecho uruguayo no se encuentra disposición expresa sobre la asunción del riesgo, pero se ha entendido a la misma como la exposición voluntaria a la posibilidad objetiva de sufrir un daño. Se requiere que esta exposición sea realizada con discernimiento, intención y libertad y con conocimiento concreto del grado de probabilidad de ocurrencia del daño (Molina Sandoval, 2018).

Al respecto puede citarse el artículo 1719 del Código Civil y Comercial argentino que prevé la asunción de riesgos como *"la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro"*. Sin embargo, como efecto sobre la responsabilidad establece que la misma *"no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal",* manteniendo el derecho a ser indemnizado por quien desplegó la conducta dañosa.

Molina Sandoval explica que la asunción de riesgos no implica asumir el daño, no constituye una causal de eximición de responsabilidad, a menos que la conducta de la víctima configure una interrupción al nexo causal, como hecho de la víctima (2018, III.-Autonomía, párr. 5).

Por su parte, Calvo Costa destaca que *"la víctima sólo presta su conformidad en someterse a la situación de peligro, pero no desea que el riesgo ocurra ni renuncia a la reparación de los daños en caso de sufrirlos"* (2018, IV. Colofón. Consideraciones conclusivas, párr. 4).

En conclusión, no es dable considerar la conducta de la progenitora como asunción del riesgo que configure una eximente de responsabilidad por el daño que la conducta paterna le irrogare. En efecto el mantener relaciones sexuales sin protección, por fuera de una relación sentimental consolidada o estando unido en matrimonio con otra persona, puede considerarse una asunción del riesgo por parte de la víctima, pero no un hecho de la víctima que impacte efectivamente en la relación causal entre el daño y el actuar dañoso.

IV. OTRA HIPÓTESIS DAÑOSA PARTICULAR: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Corresponde analizar -al menos brevemente- una hipótesis dañosa particular conexa al objeto del presente estudio y que tiene por damnificado directo a la progenitora, creada por la nueva redacción conferida al art. 214 del CC por la ley 19.075 (de fecha 3 de mayo del 2013). Sin soslayar que amerita un estudio

pormenorizado que excede el objeto del presente, se plantea por sus peculiaridades y su relevancia sobre la legitimación de la progenitora.

La norma citada regula los acuerdos celebrados entre progenitores, que biológicamente se ven impedidos de concebir entre sí -ya sean de igual o diverso sexo-, permitiendo que ambos puedan emplazar en la calidad de hijo a quien concibieron mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante.

Si bien el ordenamiento jurídico uruguayo presume o requiere la existencia de vínculo biológico entre padres e hijos a los efectos del emplazamiento correspondiente, esta disposición introduce una clara excepción, dado que este vínculo puede no existir. El legislador recurre así a una ficción, atribuyéndole a los cónyuges la calidad de *"progenitores jurídicos"* del hijo concebido mediante estas técnicas. No obstante, esta circunstancia no los exonera de los correspondientes deberes jurídicos que derivan de la filiación, tanto respecto del hijo como del otro cónyuge.

La referida previsión establece que *"las personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción y antes de la fecundación del óvulo ambos acepten bajo acuerdo expreso y escrito ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial".* Este consentimiento es revocable hasta el momento de la concepción y no se admite prueba que acredite la ausencia de vínculo biológico para impedir la presunción de legitimidad de que goza el niño concebido de esta forma.

Sin perjuicio de que la norma en análisis se encuentre en sede de filiación matrimonial, su aplicación puede dar lugar a la responsabilidad por daños diversa al tema del presente estudio, en aquellos casos en los que una vez concebido el hijo en virtud del acuerdo celebrado bajo este marco legal, alguno de los progenitores incumpliere las obligaciones asumidas.

La particularidad se presenta porque no será ya el vínculo biológico lo que haga nacer el derecho del hijo a ostentar la filiación respectiva -y la correspondiente

obligación paterna-, sino que su fuente será contractual, tendrá origen en el acuerdo expreso y escrito entre los progenitores previo a su concepción.

Se advierte que esta hipótesis no se encuentra prevista para la filiación extramatrimonial, la ley no faculta a una pareja extramatrimonial a emplazar en la calidad de hijo al niño concebido por estas técnicas que hubiere gestado uno solo de los integrantes de la pareja o por vientre subrogado.

Sin perjuicio de lo expuesto, puede darse el caso de que una pareja extramatrimonial conciba mediante estas técnicas porque la ley 19.075 prevé la posibilidad de que la fertilización in vitro sea practicada por mujeres solas o por parejas, sin requerir que estén unidas en matrimonio (Rivero y Ramos, 2018, pp. 134 y 135).

En estos casos uno de los progenitores carecerá de vínculo biológico con el niño, por cuanto justamente la normativa regula situaciones en las que los miembros de la pareja se ven imposibilitados de concebir entre sí, tal imposibilidad puede radicar en problemas de fertilidad o bien por ser ambos del mismo sexo. En consecuencia, en tales casos uno de ellos carecerá de vínculo biológico con el niño así concebido, pero podrá emplazarlo en el estado civil de hijo en aplicación de la ficción jurídica creada por la norma.

En consecuencia, si los miembros de la pareja acordaron concebir mediante el procedimiento in vitro y se obligan al reconocimiento del niño , en caso de posterior negativa u omisión del emplazamiento, puede darse lugar a un hecho ilícito por incumplimiento de la obligación contractualmente asumida. En tales casos, no podrá ninguno de los miembros de la pareja exonerarse de responsabilidad alegando falta de vínculo biológico. El otro miembro de la pareja -reconociente del hijo y cumplidor del acuerdo previsto en el art. 214 del CC- tendrá una clara legitimación activa para reclamar por los daños que el incumplimiento de su contraparte le irrogare en virtud de configurar un incumplimiento contractual y en consecuencia serán de aplicación las normas contenidas en los arts. 1342 y ss. del CC.

CAPÍTULO VII

El Daño

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analiza el daño indemnizable sufrido por el hijo como consecuencia del incumplimiento del progenitor de reconocerlo como tal.

Para ello, se hará una breve referencia al daño indemnizable, para luego abordar las diferentes categorías del daño en la hipótesis dañosa en estudio. Dada la amplitud que presenta el daño como elemento de la responsabilidad civil únicamente se profundizará en las categorías del daño que se presentan peculiarmente en los daños causados por el incumplimiento de la obligación de reconocer.

Conforme ya se ha señalado, el incumplimiento de la obligación de reconocer al hijo se diferencia de otras conductas dañosas que puede desplegar el progenitor que resultan independientes, aunque conexas. En este sentido, se ha identificado el abuso de las vías procesales, la agresión al honor del hijo –o de su progenitora- y el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la paternidad, entre las cuales destacan las de educación, sustento y cuidados. Estos otros hechos dañosos pueden darse en forma conjunta con el incumplimiento del deber obligacional de reconocer. Se hará referencia a este punto especialmente al analizar la conducta del progenitor como factor en la determinación del quantum del daño.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL DAÑO RESARCIBLE

Se procederá a analizar brevemente la definición de daño resarcible así como las características requeridas al mismo.

1. Definición de daño resarcible

El ordenamiento jurídico uruguayo adopta un criterio amplio para determinar qué se entiende por daño en el sentido jurídico. El Código Civil en los arts. 1323,

1345 y 1346 refiere como indemnizable a la pérdida sufrida y la privación de ganancia o lucro padecido.

Es así que como daño resarcible es pacíficamente entendido todo menoscabo, detrimento, pérdida o perjuicio sufrido en la esfera jurídica de un sujeto, tanto sobre sí mismo como sobre sus bienes (Mariño, 2021, p. 610).

Pero el daño no será solo aquel causado directamente a un bien jurídico, sino que éste refiere a los bienes en cuanto satisfacen intereses humanos. Se reputa daño indemnizable tanto aquél causado por la violación de un derecho subjetivo, como por la lesión a un interés subjetivo o incluso la lesión de simples intereses no contrarios al ordenamiento jurídico (Casiello, 1997, p. 162).

En esta línea, señala Mariño que se considera resarcible la lesión a cualquier interés lícito, incluso aquellos no contemplados expresamente por el sistema jurídico, siempre que no sean contrarios a derecho. Esto implica que la tutela preventiva o reparatoria se extiende a las lesiones de intereses o expectativas legítimas (Mariño, 2021, p. 610).

Se ha identificado como meta del derecho de daños que cualquier agravio que pueda tildarse de injusto configure una situación merecedora de tutela y proceda su reparación (Casiello, 1997, p. 163).

En el caso del daño causado por el incumplimiento de la obligación de emplazamiento en el estado civil de hijo, se lesiona directamente el derecho a la filiación, así como otros derechos relacionados, como el derecho al nombre, a la identidad, al disfrute de sus padres y a la vida en familia. La omisión en reconocer puede generar en el hijo también una afectación del ánimo producida por el rechazo paterno, el abandono y las dificultades para construir su identidad, alcanzando incluso el grado de daño psicológico. Asimismo, puede implicar limitaciones en su desarrollo social y personal afectando su proyecto de vida, frustrándolo o postergándolo.

En este sentido, Ghersi afirma que el primer derecho de los hijos es el de ser reconocido en tal calidad, la filiación individual, propia, familiar es un derecho

personalísimo. Este estado de hijo, conforma el correlativo de la paternidad-maternidad y por ende los derechos que integran la patria potestad, así como la contracara de sus deberes y derecho de los hijos (afectos; manutención; abrigo; educación) derivan del mismo (Ghersi, 2012).

En efecto, no solo el menoscabo sufrido en la esfera jurídica del hijo radica en la privación del estado civil de hijo y los perjuicios consecuentes, sino que además se afectan una serie de derechos que emanan del estatuto de hijo. Las previsiones sobre los deberes inherentes a la paternidad, en puridad reflejan derechos de los hijos durante su minoría de edad cuya protección se encomienda a los progenitores. De esta forma y sin pretender un análisis exhaustivo sobre el punto, cabe señalar que el cuidado, la alimentación, educación, la corrección de su conducta- en el entendido de formación moral- y orientación, la protección de sus derechos, entre otros se encuentran previstos expresamente en el art. 16 del CNA. Todos ellos constituyen deberes que de incumplirse generan una lesión al correspondiente interés del hijo y en consecuencia un daño -que puede repercutir en su esfera patrimonial o extrapatrimonial -y como tal configura daño indemnizable.

Sobre el punto, Rivero de Aranchet sostiene que en cuanto a los daños resarcibles debe *"tenerse en cuenta cuáles son las obligaciones de ambos padres hacia sus hijos tanto por mandato constitucional como por mandato legal y la extensión del plazo de dichas obligaciones (…) el deber de los padres es de proporcionarles cuidado y educación para alcanzar su pleno desarrollo como podemos decir interpretando el art. 41 de la Constitución"* (2008, p. 154).

Ahondando sobre el punto, la citada autora afirma que los deberes impuestos a los progenitores no se ven afectados por la falta de reconocimiento, ya que no implica exención del cumplimiento de los deberes de proporcionar los cuidados correspondientes y protección adecuados. Agregando que *"tales deberes son los que permitirán que el hijo pueda accionar contra sus progenitores cuando en forma culpable aquellos omitan cumplir sus deberes y ello le acarree un daño"* (Rivero de Aranchet, 1992, p. 624).

Por último, cabe referirse al afecto paterno filial, el punto es discutido y también es utilizado como argumento para excluir la procedencia de estas acciones en el Derecho de familia, por entender que el Derecho no puede coaccionar el sentimiento de las personas (Salaberry, 1993, p. 197).

Se ha sostenido por la doctrina argentina que *"que no corresponde indemnizar las carencias afectivas, o el desamor en sí, debido a que el derecho no actúa en el plano espiritual de las relaciones de familia, en tanto no trasciendan en conductas concretas que —como categorías jurídicas—, merezcan el reproche de la ley"* (Sambrizzi, 2007, p. 4).

Así se ha excluido por parte de la doctrina argentina del daño indemnizable a *"las carencias afectivas, el abandono o la falta de apoyo espiritual, que permanecen dentro de un ámbito específicamente moral, ajeno a las conductas que el derecho regula y protege"* (Richeni, et al. 2016, p. 7).

En tal sentido, se ha afirmado que "*quedará fuera de la órbita de lo resarcible la falta de afecto que el menor padeció, las carencias afectivas que no recibió de su padre, ya que, de acuerdo a lo que hemos planteado a propósito de la piedad familiar, los lazos afectivos no se pueden imponer coactivamente"* (Vivanco, 2017, p. 305).

Basset concluye que el daño causado por la falta de afecto no reviste la calidad de daño jurídicamente indemnizable porque *"el amor y el afecto son disposiciones interiores libres que no admiten coacción. El derecho tiene por objeto exteriorizaciones de la interioridad. Pero el reclamo por falta de afecto sanciona una disposición interior, no los actos privativos exteriores"* (2013, p. 13).

Medina plantea que en el marco de la indemnización de daños causados en las relaciones de familia se debe ser cauteloso, ya que *"en el Derecho de Familia hay un sinnúmero de obligaciones morales, cuyo incumplimiento escapa al ámbito de la Justicia y de la reparación. El desamor, las faltas afectivas, los rompimientos de compromisos sentimentales sin duda producen daños pero no se puede caer en la tentación de demandas folclóricas ni sentencias telúricas,*

como el supuesto jurisprudencial del abuelo que reclamaba por el daño moral que le producía tener un nieto extramatrimonial" (2002b, p. 40).

Cabe realizar una precisión, si bien no existe un deber a conferir afecto a los hijos, sí existen expresamente previstas obligaciones legales de cuidado, orientación, corrección, educación, que se desprenden de la relación padre- hijo y que no se limitan al mero reconocimiento. En suma, sobre el padre no pesa únicamente la obligación de reconocimiento sin más, con la sola concreción del reconocimiento no se libera de la obligación de reparar los restantes daños que cause con las subsecuentes omisiones en que incurre, en virtud de aquella primigenia omisión de reconocimiento.

En este sentido, Ghersi identifica como daño la privación del afecto y los cuidados, identificando a éstos dentro de los "*derechos que le eran inherentes al estado de hijo"* afirmando que la falta de atención y cuidados que le son exigibles al progenitor le causa desamparo en el hijo que reviste la calidad de daño indemnizable (2012).

Una postura muy interesante de la doctrina argentina ha planteado que la omisión paterna causa al hijo "*la pérdida de chance afectiva"*, entendida como *"la pérdida de la posibilidad de haber recibido apoyo, guía y cariño de su padre y otras falencias que pueden hacer a la vida afectiva de la demandante"* (Filia, 2020, p. 78). De esta forma *"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"*. Es decir, no se priva al hijo de la relación de afecto y cuidados que mantenía con su padre por cuanto esta nunca existió, sino que se lo priva de la chance de haber tenido esa relación.

Esta posición resulta acorde con la definición de daño resarcible de la cual se parte en el presente estudio, siendo un interés lícito porque no es contrario a las previsiones contenidas en el ordenamiento jurídico, incluso puede sostenerse

que el mismo es contemplado expresamente, en cuanto se imponen a los progenitores obligaciones de cuidado.

Se entiende que el daño padecido por el hijo por el rechazo paterno constituye daño en el sentido jurídico y por tanto es indemnizable, no porque exista un deber de conferir afecto, sino porque pesan sobre los progenitores los deberes inherentes a la paternidad, no se refieren estos al fuero íntimo sentimental, sino a su exteriorización mediante actos de cuidado, educación, apoyo, orientación, los cuales de omitirse redundan en un daño causado directamente al hijo. La postura contraria implica imponerle a la víctima soportar un daño que incluso se considera acreditado *in re ipsa* por la propia naturaleza de los hechos que lo causan, como se verá más adelante.

2. Características del daño resarcible

Para entender que existe daño en sentido jurídico se requiere que medie certeza de su existencia, es decir, éste debe ser cierto, no eventual o hipotético.

Así lo destaca Gamarra como primer característica indiscutible del daño indemnizable. Pero la certeza requerida no es de carácter absoluto, sino relativo según una razonable y fundada consideración, recurriendo a la noción de verosimilitud o probabilidad (1994, p. 239)

El daño puede ser presente, esto es que ya haya acaecido, o incluso futuro, que todavía no ha sucedido pero se infiera su acaecimiento más adelante en el tiempo con un cierto grado de certeza (Mariño, 2018b, p. 53).

Asimismo, se requiere que el daño sea personal, es decir, el menoscabo o lesión en que consiste el daño recaiga sobre un interés que integre la esfera jurídica de un individuo, es una característica intrínseca del daño, y se encuentra vinculada directamente con la legitimación activa (Mariño, 2018b, p. 54).

Bueres explica que los derechos subjetivos se regulan o tutelan en vista de la satisfacción de intereses que siempre refieren a un determinado sujeto de derecho (2000, p. 167). La lesión o menoscabo que constituye el daño es el

perjuicio al interés que tiene ese determinado sujeto sobre determinado bien. El interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer una necesidad proporcionada por el bien (Bueres, 2000, p. 171)

3. Principio de reparación integral del daño

Se entiende necesario analizar -al menos brevemente- el principio de reparación integral del daño, rector en materia de responsabilidad contractual como extracontractual.

Este principio encuentra consagración en los arts. 1319, 1323, 1342 y 1345 del CC, pero a su vez tiene raigambre constitucional surgiendo de la interpretación conjunta de los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución Nacional (Mariño, 2021, p. 607).

Este principio se vincula con la propia función reparatoria de la responsabilidad civil, y conforme explica Gamarra implica que el resarcimiento sea integral, es decir, que deba repararse todo el daño, pero a su vez el daño es la medida o límite del resarcimiento, *"no debe ser una pena para el autor del daño ni servir de lucro al damnificado"* (1980, p. 18).

En similar sentido, Blengio destaca la relación de equivalencia entre el daño sufrido y el resarcimiento, siendo el núcleo central de este principio que a través de la reparación del perjuicio se restablezca la situación al mismo estado anterior al hecho dañoso (2016, p. 34)

Como corolario de este principio se reconoce un derecho subjetivo de la víctima a ser indemnizada por la totalidad de los daños sufridos de cualquier índole, siempre que se acrediten los requisitos para que opere la responsabilidad civil.

Mariño señala que como corolario de este principio su contravención, dada por una reparación parcial del daño, *"afecta los derechos de la persona a la vida, la integridad física, la igualdad y la seguridad"* (2016 B, p. 454).

Es pasiblemente aceptada la plena vigencia del referido principio, que implica que el daño causado a la víctima deba ser completamente indemnizado de forma de reparar el menoscabo padecido en su esfera jurídica, tanto patrimonial como extrapatrimonial. Sobre el punto, destaca Medina que *"hoy existe coincidencia en la regla de la reparación integral de los daños sufridos por la víctima, de modo que tanto los daños materiales como los no pecuniarios sean realmente indemnizados"* (2002, p. 28).

Sobre el punto Sosa Aguirre afirma que la reparación integral del daño implica que se restablezca "*lo más exactamente posible el equilibrio destruido por el daño, en cada uno de sus rubros, donde su monto no puede ser inferior ni superior al perjuicio"* (2012, p. 446).

En similar sentido, Blengio destaca que este principio supone que *"se tengan en cuenta todos los rubros del daño involucrados (o sea, todo el daño causado)"* para posteriormente realizar una evaluación adecuada del quantum (2016, p. 38).

En el contexto del reconocimiento de la paternidad, este principio cobra especial relevancia, ya que el daño causado al hijo por la omisión paterna puede ser multifacético y afectar diferentes derechos e intereses del hijo, así como aspectos de su vida, cuyo menoscabo constituye daño indemnizable y debe ser realmente indemnizado, evitando las indemnizaciones meramente simbólicas.

III. DAÑO PATRIMONIAL O EXTRAPATRIMONIAL

En el presente apartado se realiza un breve análisis sobre qué se entiende por daño patrimonial o extrapatrimonial, para luego tratar las categorías de daños que particulares de la hipótesis dañosa en estudio.

Como criterio de distinción del daño patrimonial y el extrapatrimonial se adopta la estimación pecuniaria en el mercado, o no, de las situaciones jurídicas que integran uno u otro. De esta forma, las situaciones jurídicas de que es titular un individuo si son susceptibles de estimación pecuniaria en el mercado serán

consideradas dentro de su ámbito patrimonial, de lo contrario se reputarán pertenecientes a su ámbito extrapatrimonial (Mariño, 2016 B, p. 449).

Gamarra concluye que el único camino para clasificar y definir al daño moral es atender a la naturaleza del daño, y esta no puede ser sino de dos clases: patrimonial o extrapatrimonial (1994 B, p. 19)

Se entiende por daño extrapatrimonial el menoscabo o cambio adverso mensurable en el ámbito extrapatrimonial de un sujeto. Se aclara, conforme lo hace Fernández Sessarego, que el daño extrapatrimonial es un daño que se inflige a la persona que tiene alcances mucho más amplios y profundos que el dolor o sufrimiento, es más complejo, pero la característica que presenta en común con el dolor es su no patrimonialidad y la imposibilidad de mensurar pecuniariamente su impacto (2016 A, p. 32). En idéntico sentido Gamarra sostiene que *"restringir el daño moral al espiritual o subjetivo es arbitrario"* por cuanto no concuerda con la previsión del art. 1319 del CC, pero además *"prescinde de la dicotomía (daño patrimonial – daño no patrimonial) que no admite la reducción"* (1994, p. 20).

Sobre esta base, y conforme Fernández Sessarego, la primera y amplia distinción que cabe realizar es aquella que atiende a "*la calidad ontológica de los entes pasibles de ser dañados"*. Se identifica, en primer lugar, aquel daño causado directamente a los seres humanos, sujetos de derecho, el daño subjetivo o daño a la persona.

Así también lo plantea Cassano para quien el daño no patrimonial *"consiste en la lesión de un bien no idóneo a constituir un objeto de intercambio y de cuantificación pecuniaria conforme a las leyes del mercado, pero que constituye, siempre un interés directamente protegido por el ordenamiento"* y en consecuencia se le asigna un valor económico (2002, p. 40 y 41).

En segundo lugar, el daño causado a las cosas u objetos del mundo, *"de los cuales se valen instrumentalmente las personas para realizarse"*, este daño incide sobre los objetos que integran el patrimonio de la persona (Fernández

Sessarego 2016 B, p. 149). Esto puede traer aparejadas consecuencias tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, no son categorías que integren el mismo nivel conceptual, uno refiere a la naturaleza del ente dañado, sujeto u objeto, y otro a las consecuencias que tales daños generan, extrapatrimoniales o patrimoniales (Fernández Sessarego, 2016 B, p. 156).

El citado autor, distingue los daños a la persona según las diversas consecuencias derivadas de la lesión al objeto dañado, categorizando el daño a la persona como daño moral, daño psíquico, daño al bienestar o salud integral, daño existencial y daño al proyecto de vida (Fernández Sessarego, 2016 B, p. 105). En consonancia con esta postura más adelante se analizan las diversas categorías del daño extrapatrimonial.

En efecto, la afectación causada por el evento dañoso puede tener consecuencias negativas en la esfera extrapatrimonial de la persona a pesar de lesionar un interés patrimonial y viceversa. En la hipótesis dañosa objeto de este estudio este sería indudablemente el caso del daño por la privación de la vocación hereditaria en caso de que el hijo no hubiera sido emplazado en el estado civil correspondiente. En cuanto a la privación de percibir la prestación económica del progenitor, como alimentos durante su minoría de edad, se considera que le produce un daño extrapatrimonial, o incluso una pérdida de chance, como se verá.

Por el contrario, el menoscabo de los derechos extrapatrimoniales puede repercutir en el ámbito patrimonial del sujeto, será el caso en que el daño psicológico le provocare tal lesión que cause una pérdida de su capacidad laboral que redundare en la privación de ganancias o lucro cesante.

A los efectos de la correcta determinación del daño indemnizable, debe indagarse en cada categoría del daño patrimonial o no patrimonial a fin de aumentar la precisión de su cuantificación evitando la liquidación global como postula Mariño, especialmente para dar cumplimiento al principio de reparación integral del daño. Además este análisis es requerido a los efectos de dar debido

cumplimiento al deber de fundamentación de la sentencias y a fin de permitir un debido control por los litigantes de los fallos judiciales (2016 C, p. 475).

Se admite pacíficamente por la doctrina uruguaya "*la existencia de diversas categorías del daño no patrimonial, ha sostenido que la cuantificación debe realizarse en cada una de éstas por separado"* (Mariño, 2016 C, p. 472). Por ello resulta fundamental identificar y ahondar en las diversas categorías del daño, sus características y cuantificación, para una correcta liquidación, precisa e integral.

Al respecto, se destaca la necesaria conexidad existente entre daño y bien jurídico protegido, por lo que el daño indemnizable resulta de la apreciación de los derechos o intereses vulnerados por el incumplimiento del progenitor (Medina, 2002, p. 137).

Sobre estas bases se analizarán los diversos tipos de daños que se presentan particularmente, tanto patrimoniales como extra patrimoniales, que pueden causarse por el progenitor omiso en el reconocimiento de su hijo.

IV. DAÑO PATRIMONIAL

En el presente apartado se analizará el daño patrimonial que le puede causar al hijo la omisión paterna en reconocerlo.

Este daño implica el menoscabo al patrimonio o empobrecimiento económico del sujeto que padece la lesión de un interés propio. Esta lesión o pérdida deben avaluarse de acuerdo al sistema económico del bien sobre el cual recaiga el daño (Mariño, 2018b, p. 58).

La indemnización de este tipo de daño es indubitablemente aceptada por doctrina y jurisprudencia. Resulta fácilmente acreditable el menoscabo económico en la gran mayoría de los casos, por lo que se exige su fehaciente acreditación no solo en cuanto a su ocurrencia, sino también en cuanto a su monto.

En la hipótesis dañosa en estudio, el menoscabo será causado en primer lugar a bienes jurídicos extrapatrimonial del hijo, como su derecho a la identidad al estado de familia o al emplazamiento familiar, que pueden acarrear repercusiones en su esfera tanto patrimonial como extrapatrimonial (Medina, 2002, p. 123). Conforme afirma Molina, *"no existen razones para excluir a priori la reparación por daño material por la falta de reconocimiento paterno, siempre que se acrediten los presupuestos de procedencia de la responsabilidad"* (2012, p. 5).

Este daño material se ha identificado, con la omisión de asumir deberes asistenciales de contenido patrimonial (Gregorini Clusellas, 2007 B, p. 61 y 62), lo que se considera erróneo desde un análisis crítico.

Sobre el punto, la postura seguida por la jurisprudencia argentina es de exclusión del resarcimiento de este daño, por reputarlo abarcado dentro del ámbito del derecho alimentario, excepcionalmente, de acreditarse el padecimiento de privaciones concretas, se ha reputado procedente su resarcimiento como daño material (conforme: Rugna, 2014, p. 6).

Se ha concluido que el daño material en esta hipótesis dañosa puede radicar en el menoscabo económico producido por no haber recibido asistencia alimentaria del progenitor (Vivanco, 2017, p. 307).

Ramos Cabanellas ha dicho que el daño patrimonial que puede reclamar el hijo no reconocido será aquella disminución económica o falta de aumento del conjunto de bienes con valor pecuniario, una situación disvaliosa del patrimonio, estará constituida -al menos en parte- por la pérdida de la posibilidad de haber gozado una situación económica mejor con menos limitaciones, distinguiéndose de la percepción de alimentos que no reclamó (2021, p. 663).

Sin embargo, se considera que ello no causa daño material estrictamente considerado, sino que la afectación causada al hijo por las carencias económicas que hubo de enfrentar a lo largo de su minoría de edad pese a las posibilidades paternas, constituirá una pérdida de chance, no una lesión directamente causada

a su patrimonio. En todo caso, el patrimonio que puede verse afectado por el incumplimiento de la obligación de proveer alimentos es el de la progenitora, quien se ha visto empobrecida por proveer de sustento a su hijo sin el aporte paterno.

En la hipótesis dañosa objeto del presente trabajo el daño material indemnizable no presenta particularidades a analizar en el marco del presente estudio. Se identifica como daño patrimonial en estos casos aquellos gastos en los que hubiere incurrido el hijo en el tratamiento del daño psíquico o psicológico que le hubiere provocado el rechazo paterno, que provocan un consecuente empobrecimiento. En el caso de que las patologías provocadas por este daño extrapatrimonial causaren en el hijo una disminución de su capacidad laboral o académica esta repercusión podrá constituir daño patrimonial calificándose como lucro cesante o bien pérdida de chance.

En el caso de no lograrse por el hijo el emplazamiento en tal calidad se identifica un menoscabo patrimonial consistente en la pérdida de la vocación hereditaria. Ésta deriva de la filiación jurídica, nace con el emplazamiento y solo será recíproca si el emplazamiento tiene lugar voluntariamente y durante la vida del hijo conforme a lo previsto por los arts. 1025 y 1026 del CC.

V. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

En el presente apartado se analiza específicamente el daño extrapatrimonial que se identifica particularmente en la hipótesis dañosa en estudio, sobre las bases antes explicitadas.

Conforme es ya una postura consolidada en el ordenamiento jurídico uruguayo, el daño extrapatrimonial no se reduce exclusivamente al dolor o padecimiento, noción que obedece a una postura restringida y tradicional. Gamarra indica que *“no puede sostenerse que el daño moral equivale al sufrimiento, si lo único que nos dice el artículo 1319 es que cualquier clase de daño, sea o no patrimonial, recibe el amparo de una tutela resarcitoria”* (1994 B, p. 19).

Sobre el punto, Ordoqui sostiene que el sistema jurídico protege a la persona en su integridad y se constatan e identifican daños que son consecuencia de la lesión de derechos personalísimos, los que deben ser resarcidos aun cuando no tengan repercusiones patrimoniales, ni causen dolor o sufrimiento físico. Por tanto se incluyen dentro del concepto genérico de daño a la persona varias especies de daño extrapatrimonial, lo que permite una fundamentación más acabada de la indemnización de los daños efectivamente padecidos (2005, p. 248).

En consecuencia, sobre la base de que no existe en el derecho uruguayo fundamento normativo que imponga limitar el daño moral a los estados espirituales de la víctima, conforme lo expone claramente Gamarra (ídem, p. 18), se identifican los siguientes daños extrapatrimoniales.

1. Daño al Derecho a la identidad

El derecho subjetivo a conocer la propia identidad y procedencia se encuentra reconocido por el art. 23 del CNA que prevé expresamente el derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer quiénes son sus padres, refiriéndose claramente a progenitores biológicos. También reconoce de forma expresa este derecho a la identidad el art. 25 del CNA.

En cuanto a la normativa internacional, el art. 18 de la Convención Americana sobre derechos humanos, pacto de san José de Costa Rica (ratificado por ley 15.737 el 3 de marzo de 1985) prevé el derecho al nombre propio y al uso de los apellidos de sus padres. También encuentran regulación en los arts. 7.1 y 8 de la Convención de Derechos del Niño. El art. 7 reconoce el derecho del niño a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y a conocer a sus padres. En el contexto del incumplimiento paterno, este derecho se ve vulnerado, ya que el hijo se ve privado de la posibilidad de establecer legalmente su filiación paterna y de construir su identidad en relación con su padre biológico.

Por su parte, el art. 8° de la referida convención impone a los estados el deber de tutela del derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad,

el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, así como el deber de asistencia, cuando estos derechos se vean vulnerados.

Asimismo, se considera que este Derecho integra el llamado bloque de constitucionalidad en virtud de las disposiciones contenidas en los arts. 7, 72 y 332 de la constitución nacional.

Medina concluye que hay "*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"* (2002, p. 137).

En efecto, mediante el incumplimiento paterno se vulnera el derecho a la identidad personal del hijo, lo que trasciende el derecho de familia. Se asimila el Derecho a la identidad personal como el Derecho a conocer su propia génesis y procedencia, aspiración natural del ser humano que, si bien incluye lo biológico, también lo trasciende. Se concluye que existe un derecho de todas las personas a conocer su origen, sin que ello implique que deba estar atado a un determinado estado civil, pudiendo distinguirse el estado civil de la realidad biológica (Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, 2014, p. 35).

En similar sentido, Ghersi identifica entre los posibles daños causados al hijo, el menoscabo al derecho personalísimo e inalienable a la identidad. Afirma que se ve vulnerado por cuanto la familia se percibe como centro de la vida, se encuentra en como un elemento dentro de la sociedad, así es que reputa a la familia como un lugar de continuidad histórica, afectiva, social y cultural, con una fuerte característica como es el derecho de pertenencia. De allí el citado autor considera, que emerge la relevancia que reviste para el individuo el derecho a la verdad biológica (Ghersi, 2012). Es decir, si bien el derecho a la identidad personal trasciende el Derecho de Familia, resulta indiscutible que la familia a la que se pertenece forma parte de la identidad personal.

Sostiene Kemelmajer que el acceso del individuo a la vida jurídica al momento de su nacimiento implica el origen de sus derechos como su derecho al nombre

y nacionalidad, que debe "*traducir la identificación de sus antecedentes, su herencia familiar, social y cultural que lo distingue de otros",* su estado civil identifica *"su integración en el seno de una familia, de un país, todo ello en respecto de su propia personalidad"* (2000, p. 667).

Medina, Serna y Guevara identifican el derecho a la identidad del hijo, con la fiel representación de su persona, sin deformación de sus cualidades o caracteres y sin atribución de caracteres inexistentes o diversos de aquellos reales, siendo definido como la atribución del sujeto a conocer sus orígenes, a conocer su propia génesis, su procedencia, en lo cual está comprometida la dignidad personal, constituyendo una violación de los derechos personalísimos del hijo la falsa atribución de una relación filial (2005, p. 5).

Sobre el punto, ha sostenido la jurisprudencia argentina que la hipótesis dañosa en estudio "*involucra el derecho de una persona a conocer su identidad de origen, el que se incluye entre los derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad (…)Tiene que ver con la necesidad de encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que -aprehendido- permita reencontrar una historia única e irrepetible"* (S.T.J. Provincia de Corrientes, Expte. N° 17623/8, Sentencia N° 11, 05/03/2014, —S. J. C. c/ M. A. M., M. M. P. R. y/o sucesores y/o legatarios de A. M. M. s/ ordinario; citado por Richeni, et al. 2016, p. 4).

Este derecho a la identidad del hijo se percibe en su dimensión estática -referida al origen y al nombre-, distinguiéndola de su dimensión dinámica vista como la proyección social del sujeto, sobre la cual recaen las lesiones constitutivas del daño existencial.

Sobre el punto Molina refiere a la apreciación pluridimensional de la identidad, con diferentes dimensiones *"(a) la Identidad en referencia a la realidad biológica, (que a su vez abarca la identidad genética y la identidad filiatoria), (b) la identidad en referencia a los caracteres físicos y (c) la identidad en referencia su realidad existencial"* lo cual puede incidir en su futuro, en el desarrollo óptimo de sus

potencialidades en las áreas afectivas y social, lo que se tratará en otro apartado por considerarlo un diverso al daño a la identidad (Molina, 2012, p. 4).

A su vez, se destaca que este daño a la identidad debe apreciarse de forma separada de la lesión a los sentimientos o el ánimo por verse rechazado por su padre, es decir, el daño entendido como padecimiento psicológico o afectación psíquica (Culaciati, 2009, p. 4).

Esto se plasma en la sentencia No. 174/2006 previamente comentada (de fecha 28 de setiembre de 2006, dictada por el Jdo. Ldo. de 1ª Instancia de Salto de 1er Turno) en donde se indemniza de forma independiente el daño causado por la vulneración de su derecho al nombre, por no poder usar el apellido paterno y a su vez el derecho a la identidad en cuanto se vio privada de conocer su identidad personal y su origen biológico. Estos daños que se distinguen en la sentencia y se indemnizan de forma separada entre sí e independientemente del dolor o padecimiento que tal vulneración le causare a la hija. Larrañaga cuestiona la indemnización dispuesta en el referido pronunciamiento en cuanto entiende que no media lesión al derecho al nombre del hijo en estos casos, sino que corresponde calificarlo de daño a la identidad estática existiendo una doble indemnización en caso contrario (2006, pp. 784 y 785).

Vale aclarar que esta vulneración al derecho a la identidad del hijo, no implica que el hijo no tenga identidad, esta vulneración involucra no solo la de conocer el origen de su vida, sino el derecho de pertenecer a una familia determinada. Podría cuestionarse el daño padecido por el hijo sobre la base de su falta de identificación con el apellido paterno, en el entendido que se identifica con el de su madre ya que se encuentra integrado a la familia materna y con ella se identifica. Sin perjuicio de ello, este razonamiento podrá considerarse al momento de avaluarse el daño moral padecido por el hijo consistente en los padecimientos que no ser reconocido por su padre le causare, pero el derecho a la identidad vulnerado tiene una connotación diversa, tal y como se viene analizando. Se trata de una afectación del derecho a la identidad que integra la esfera extrapatrimonial del hijo, se distingue del dolor o padecimiento psíquico por el rechazo paterno. El uso del apellido puede o no serle de interés al hijo en

un caso puntual, pero ello no es fundamento para descartar la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios.

Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas destacan que el incumplimiento de la obligación de reconocimiento del hijo implica desconocerle al hijo su estado de familia que es un atributo de la persona y es por ello que resulta una vulneración al derecho a la identidad, resultando abarcada la vulneración a su derecho al nombre que sufre el hijo no reconocido (2010, p. 37).

Por último, se señala que en el derecho argentino el Código civil y Comercial vigente en su art. 52 reconoce expresamente el derecho a reclamar los daños causados por afectaciones a los derechos inherentes a la persona humana, enumerándose entre ellos la identidad. Así también se ha reconocido en el art. 587 del mismo cuerpo normativo en forma expresa el derecho a la reparación del daño causado al hijo por la omisión de su padre en reconocerlo. Si bien el ordenamiento jurídico uruguayo estructura la responsabilidad civil en base a normas más genéricas y que dependen en gran parte de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales, pero la referencia al derecho argentino resulta ineludible ya que las disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial reflejan muchas de las tendencias actuales en materia de Derecho de Daños.

2. Daño al derecho a la filiación jurídica

Se identifica como daño padecido por el hijo la lesión a su derecho a la filiación, entendido éste como su derecho a ser emplazado en la calidad jurídica de hijo acorde a su realidad biológica.

Este derecho tiene como contrapartida la obligación que pesa sobre los progenitores de reconocer a sus hijos, previsto expresamente por los arts. 28 y 30 del CNA.

El daño causado por la vulneración a este derecho reviste la calidad de extrapatrimonial, en tanto pertenece a la esfera no patrimonial del individuo, pero es independiente del dolor o padecimiento que le pudiere ocasionar. La

configuración de este daño no depende de que se le haya o no causado al hijo padecimientos psicológicos por la omisión en reconocerlo.

Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas refieren a los efectos del emplazamiento en el estado civil de hijo y los derechos que de él surgen en la esfera jurídica del hijo, que resultan de suma importancia a los efectos de determinar el daño que al mismo le pueda causar la conducta de su padre (2012, p. 155).

Ramos Cabanellas recuerda que existen dos conceptos claros sobre la filiación: el biológico y el jurídico. El primero refiere al lazo de sangre que une a una persona con sus progenitores inmediatos. El segundo refiere al vínculo jurídico que nace acorde a las disposiciones legales entre personas que descienden o se reputan descender unas de otras. Ambos conceptos pueden o no coincidir. Agrega la citada autora que *"el obtener la filiación jurídica permite al sujeto desarrollar el valor básico y fundamental que significa vivir en el seno de su familia y le afirma en su posibilidad de ejercer otros derechos que son esenciales para la formación de su personalidad y de su propia identidad"* (2021, p. 645).

Ordoqui sostiene que el derecho a la filiación forma parte esencial del estado civil de la persona y que cada persona tiene un derecho esencial a conocer y a que se le reconozca una filiación legal y jurídica acorde a su realidad biológica (2012, p. 418). Así es que considera que el principal daño padecido por el hijo radica en verse impedido de ejercer los derechos inherentes al correspondiente estado civil, como el uso del apellido paterno, el ser considerado hijo de su padre en el ámbito social, verse privado de tener los cuidados o atenciones de su padre (2012, p. 418). A lo que se agrega: una clara afectación del derecho a la identidad e incluso el derecho a la nacionalidad, que puede depender del emplazamiento.

Bíscaro afirma que el daño extrapatrimonial causado al hijo *"se traduce en un menoscabo de un derecho que se confunde con la existencia de la persona"* (1999, p. 438).

Por otro lado, otro de los efectos del reconocimiento es el surgimiento de la patria potestad, con todos los derechos y deberes devengados de la misma (art. 275 y 276 del CC), incluyendo la representación legal de su hijo en todos los actos civiles que tengan lugar hasta su mayoría de edad.

Por último, se destaca el derecho a la filiación no es solo identificado como un derecho a la verdad, es también en parte un derecho de la vida, del interés del hijo, de la paz de la familia, de los afectos y sentimientos morales (Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, 2014, pp. 398 y 399).

3. Daño al derecho a pertenecer a una familia

El derecho de cada individuo a pertenecer, a crecer y desarrollarse en un entorno familiar se encuentra expresamente reconocido en los art. 12, 19 y 133 del CNA como el derecho de los niños, niñas y adolescentes al disfrute de sus padres y de la familia. También se encuentra previsto en el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica que reconoce el derecho a que se proteja a la familia y a vivir en ella, también a que se proteja y favorezca el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar.

La convención de derechos del niño en su art. 7 prevé el derecho de los mismos desde su nacimiento a *"ser cuidado por sus padres"* entre otros derechos.

Es indubitable que para el desarrollo integral de un niño su pertenencia a un ámbito familiar es fundamental. Este derecho no se limita meramente a vivir en un entorno familiar, sino que implica el acceso a los vínculos afectivos, la protección y la identidad que proporciona la pertenencia a una familia específica. Como señalan Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, la familia es el espacio donde las personas deben encontrar su protección primaria y esencial. Las citadas autoras reputan el derecho de las personas a pertenecer a una familia y a disfrutar de la misma como uno de sus derechos fundamentales (2014, p. 25).

La omisión del reconocimiento menoscaba este derecho del hijo, impidiéndole integrarse plenamente a su familia biológica, lo priva de los beneficios que la pertenencia a una familia apareja.

En similar sentido, Ghersi destaca la trascendencia del derecho a la filiación porque le permite generar el estado de pertenencia a una familia y da lugar a los consiguientes derechos que de ella emanan: personalísimos, individuales, sociales y patrimoniales (2012).

Bíscaro afirma que este daño padecido por el hijo, la privación de su estado de familia, es el desconocimiento de uno de sus atributos como persona (1999, p. 438).

Ramos Cabanellas sostiene que la afectación padecida por el hijo impacta en la esencia misma como sujeto que no solo radica en el daño a la identidad, sino en la necesidad de ser educado y cuidado en familia. Agrega que hay una "*necesidad de conocer al progenitor, de tratarlo y de ser cuidado en familia"* . Concluye la citada autora que la vida en familia es esencial para el hombre, incide en su ser y su desarrollo personal, y en la formación de su identidad (2019, p. 122).

Incluso, se ha considerado por parte de la doctrina argentina la existencia de un *"derecho subjetivo familiar",* cuya trasgresión causa un daño porque afecta la formación de la personalidad por privar al hijo de integrarse en el seno de su propia familia, vulnerando su propia identidad y dignidad al ser menoscabada en la consideración social de la persona (Sambrizzi, 2007, p. 4).

4. Daño emocional

En el presente apartado se aborda el daño extrapatrimonial entendido como sufrimiento, dolor o aflicción causados por el incumplimiento del progenitor en emplazar a su hijo en el estado civil correspondiente.

Conforme ya fue expuesto el daño producido a los diversos derechos que pertenecen a la esfera extrapatrimonial del sujeto debe identificarse y analizase de forma separada e independiente del padecimiento causado entendido como daño emocional, dolor o sufrimiento, tanto dolor físico como el padecimiento del ánimo (Mariño, 2018b, p. 214).

Cassano refiere al daño moral en sentido estricto como aquél diverso del daño producido a la integridad sicofísica de la víctima, como la afectación a su salud, por el contrario se considera como "*el sometimiento del alma padecido como consecuencia del ilícito"* (2002, p. 50).

Fernández Sessarego afirma que "*la tradicional concepción del daño moral se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona"* causándole "*sufrimiento, dolor, perturbación psíquica, desequilibrio emocional*" (2016 B, p. 200).

Al respecto pueden identificarse varios tipos o grados de daño emocional o lesión en el ánimo del hijo. Así se distingue del daño psicológico que refiere una afectación patológica de la salud mental, requiriéndose un diagnóstico profesional para entender que se ha configurado este daño. Si bien pueden darse conjuntamente, no se requiere que la lesión padecida por el hijo revista la calidad de patología de la salud mental para entender que ha mediado una lesión extrapatrimonial entendida como daño emocional o aflicción del ánimo en el hijo causada por el incumplimiento paterno. A este daño emocional se lo identifica con el dolor, padecimiento, angustias, es decir, una afectación temporal y no patológica de la psiquis del hijo, distinguiendo su aspecto patológico cuando alcanza el daño psicológico un cierto grado de permanencia que lo distingue de la mera aflicción. Cassano enfatiza la distinción existente entre el daño moral -entendido como dolor o aflicción- y el daño a la salud, aun cuando este último resulte de *"una consolidación patógena originada en la alteración y malestar del estado psíquico del sujeto"* (2002, p. 44). En efecto, se lesionan dos bienes jurídicos diversos -en primera instancia- pudiendo desencadenar un menoscabo a la salud dado por el padecimiento emocional, pero no es un requisito para su indemnización.

No se requiere en el daño emocional una afectación que alcance el grado de patológica, corresponde a una categoría autónoma dentro del daño extrapatrimonial (autonomía conceptual). Según concluye Alferillo al daño psíquico *"se lo conceptualiza como la lesión o perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún*

desequilibrio precedente, comprende tanto las enfermedades mentales permanentes, como los desequilibrios transitorios, pero siempre implica en todo caso una faceta morbosa, que incide en la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual, familiar y de relación, dificultando su reinserción en la sociedad" (2019, p. 5).

Este tipo de daño por su naturaleza extrapatrimonial se ha asimilado tradicionalmente al daño moral. Así Fernández Sessarego, lo estima como una especie del más genérico daño a la persona, siendo una afrenta causada a los valores morales del individuo que impacta o causa un agravio como daño psicosomático, de carácter psíquico y sin llegar a la entidad de patológico, no es una enfermedad psíquica sino *"tan solo un daño emocional o perturbación psíquica"*, generalmente transitoria no siendo frecuente que se convierta en patológica (2016 B, p. 152 y 153). Sobre esas bases lo define como "*una perturbación a su equilibrio emocional"*. Esta perturbación psíquica supone una modificación o alteración de la personalidad expresado a través de síntomas como son el aspecto afectivo, el volitivo y el intelectivo (2016 B, p. 118). En otra de sus obras el citado autor define a este daño como una *"perturbación psíquica generalmente transitoria, no patológica, como dolor o sufrimiento"* (Fernández Sessarego, 2016 A, p. 10).

Sobre el punto, Méndez Costa concluye que el daño producido al hijo por el incumplimiento paterno *"es daño moral objetivo y subjetivo porque la persona, de hecho, e injustificadamente, puede verse menoscabada en la consideración social que merece y sufre en su interioridad esta circunstancia"* (2001, p. 4).

En oportunidad de pronunciarse sobre el punto, la jurisprudencia argentina ha resuelto: *"nadie puede negar que en lo general, ha de recibirse un impacto al saberse que no ha sido reconocido por el padre que lo ha engendrado privándosele de una pertenencia que es reclamada (según lo aseguran estudiosos de la personalidad) agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica"* (Cciv. y Com. San Nicolás, 22-12-1994, "S.T.J.N. c/ A.H.J. s/ Filiación e indemnización

de daño moral, DJBA 149, 163 - LLBA 1995, 1274; conforme: Medina, 2001, p. 13).

Se ha estimado dentro de este daño moral "*el sufrimiento padecido por el hijo al ser conocido en su entorno social como bastardo, lo que le provoca una minusvalía social"* que se aprecia de forma separada de la vulneración de su derecho a la identidad, al nombre, que conlleva la referida conducta (Vivanco, 2017, p. 305). Lo que da cuenta de esta proyección social del individuo a la que se ha referido, a pesar de no haber sido catalogado este daño como daño existencial, sino incluyéndose dentro de la categoría de daño moral.

Sobre el punto se ha pronunciado la jurisprudencia uruguaya en sentencia dictada por el TAF de 1er Turno No. 52/2013, de 18 de setiembre de 2013, en un caso de abandono paterno, se estima que aun ante la ausencia de secuelas de una psicopatología instalada en el hijo, ello no significa ausencia de sufrimiento, que es lo que determina que exista una lesión en el derecho subjetivo de que el individuo es titular y da lugar a la reparación del daño moral padecido. Claramente el daño es reparable aunque sea un estado pasajero o transitorio o lo afecte parcialmente.

Al respecto, Medina expresa que *"el daño psicológico no constituye en sí mismo un capítulo independiente del daño material o moral, sino una especie del uno o del otro, toda vez que desde el ángulo del que lo sufre, tanto puede traducirse en un perjuicio material (por la repercusión que pueda tener sobre su patrimonio) cuanto en un daño no patrimonial o moral (por los sufrimientos que sea susceptible de producir)"* (2002, p. 134). Un claro ejemplo de lo expuesto son los gastos de tratamiento psicológico que la falta de reconocimiento paterno le irrogue (Medina, 2002, pp. 134 y 135).

Sobre el punto, Rivero de Aranchet sostiene que, en los casos de omisión de reconocimiento *"el daño moral derivará del dolor o padecimiento sufrido por la discriminación que aún provoca la filiación extramatrimonial, por la falta del rol paterno en la familia, por el dolor producido por el rechazo del progenitor"* (2008, p. 154).

La jurisprudencia argentina sostuvo que "*la ausencia del rol paterno no puede ser reemplazado en forma ambivalente por la madre (…) creemos que la ausencia de una de ellas (la paterna en este caso) deja una marca indeleble, aun desde los primeros días de vida, ocasionando casi con seguridad un trauma, tal vez no superable en el tiempo, aun con un posterior reconocimiento"* (Cciv. y Com. 1a., Mar del Plata, Sala 1, 31-10-1996, "A., S. G. c/ R., F. J. s/ Reconocimiento de filiación Daños y perjuicios"; Fuente: Medina, 2001, p. 14).

En suma, no se requiere la afectación grave y permanente constitutiva de una patología mental para considerar que ha mediado un daño extrapatrimonial configurado por la lesión emocional en el hijo causada por el incumplimiento paterno. En tal sentido se relevan pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios en los que el padecimiento causado al hijo se presume de la naturaleza de los propios hechos.

Cabe aclarar que, cuando la afectación del ánimo provocada en la víctima repercuta en sus habilidades laborales, rendimiento académico, en particular si alcanzara el grado patológico, puede repercutir en su esfera patrimonial, provocando un daño emergente, lucro cesante, o pérdida de chance. Sin perjuicio de corresponder su apreciación y avaluación de forma separada e independiente de la afectación extrapatrimonial, así como la indemnización de ambos menoscabos padecidos.

5. Daño existencial

El daño existencial es una especie de daño extrapatrimonial, por cuanto refiere a la lesión de derechos pertenecientes a la esfera extrapatrimonial del sujeto y es tratado por la doctrina en el marco de la hipotesis dañosa en estudio.

Reviste una categoría diversa dentro del daño extrapatrimonial, pudiendo estar vinculado con el daño psíquico pero no es un requisito para su configuración.

El daño existencial se define como la alteración en el modo de vida del sujeto, afectando su desarrollo social y relacional. Este daño no se limita al impacto en la psiquis, sino que abarca la privación de los afectos, la limitación en el

relacionamiento social, cultural, religioso o deportivo, y la pérdida de oportunidades de desarrollo personal. Como señala Ordoqui para acreditar el daño existencial es necesario demostrar la pérdida de beneficios que el sujeto podría haber obtenido en su vida social (2012, p. 426).

Este daño no refiere a la lesión física o psíquica provocada sobre la víctima, o su ser, ni al dolor o padecimiento, sino que se relaciona con un "no hacer" o un *"no poder más hacer, un deber actuar de otra forma, un relacionarse en manera diferente"* conforme lo define Cassano un "non facere" de las actividades cotidianas (2002, pp. 40 y 41). En definitiva implica una afectación a las actividades cotidianas de cualquier tipo en desmedro del desarrollo personal.

Así también refiere el citado autor al daño existencial como aquella afectación *"del bienestar psicofísico, de los ritmos normales de la vida que se reflejan sobre la tranquilidad personal del sujeto damnificado"* que altera su actividad cotidiana y provoca un estado de malestar psíquico (Cassano, 2002, p. 47).

A su vez, Cassano distingue el *"daño existencial puro"* del *"daño existencial de origen biológico"* entendiendo por tales los perjuicios padecidos a consecuencia de las limitaciones "*en las actividades realizadoras de la persona"* y "*en particular al empeoramiento de la forma de vivir las actividades anteriormente desarrolladas y la interacción con terceros"*. A modo de ejemplo enumera el temor a ser juzgado, la dificultad para entablar conversaciones, sentirse observado en forma diferente. El citado autor considera que el daño existencial puro es una subespecie de la categoría daño a la vida de relación que se configura cuando media un daño a la esfera relacional externa de la víctima (2002, p. 49). Es así que refiere a este daño como el padecido sobre "*las actividades realizadoras de su propia persona"* incluyendo en la figura "todas aquellas lesiones que, no reconducibles a daños patrimoniales o biológicos en sentido estricto, insisten acerca de intereses jurídicamente protegidos y merecedores de tutela" (2002, p. 50). En definitiva, Cassano plantea una versión dinámica de la afectación causada a la víctima por el hecho ilícito que irradia sus efectos en las actividades cotidianas de la víctima.

La noción de daño existencial propugnada por el citado autor incluye cualquier eventualidad que *"por su incidencia negativa en el complejo de las relaciones de la persona, es susceptible de repercutir de manera consistente y a veces permanente, sobre la existencia"*. Postula el autor como decisiva una *"consideración no restrictiva de las circunstancias potencialmente lesivas, no anclada, es decir, a valoraciones técnicas basadas en parámetros y tablas, sino apta para señalar aquellas interferencias, de todas formas negativas y perjudiciales en sentido amplio, como para valorizar los costos del restablecimiento"* de la vida de la persona al estado previo al acaecimiento del daño (Cassano, 2002, p. 51).

En efecto, en la hipótesis en estudio se vincula el daño existencial al daño causado a la identidad del sujeto, por ser su proyección dinámica.

En este sentido Rivero de Aranchet concluye que *"en cada persona encontraremos su identidad estática, comprendida por aquellos elementos más rígidos que la individualizan, y la identidad dinámica que se va conformando con el transcurso del tiempo, con la experiencia que se adquiere, con su vida familiar, con las vivencias y creencias que se incorporan al individuo y que lo llevan a que la mirada de los otros así lo individualicen" (2019,p. 2).*

Este aspecto lesivo también es destacado por Medina quien entiende que el daño causado al hijo no reconocido surge del "*hecho de llevar solo el apellido de la madre confiere el signo de la ilegitimidad"* lo que produce discriminación sobre los hijos que carecen de ambos vínculos parentales declarados y documentados. También concluye que el daño moral al hijo se infiere del hecho de ser ilegítimo lo que lo coloca socialmente en desventaja presumiéndose el daño moral causado al hijo por su asistencia al centro educativo donde no puede ser conocido por su verdadero apellido, de lo que se infiere le produce necesariamente angustias y en consecuencia un daño moral (Medina, 2002, p. 152).

Cassano comenta un leading case italiano, en el que se condena al progenitor por el incumplimiento de reconocer a su hijo, por considerar que causó un daño

existencial al hijo, el que a pesar de no haber sufrido privaciones económicas, vio *"lesionados los derechos implícitos en la condición jurídica de hijo y de menor a cuyo respecto por parte de los padres es presupuesto fundamental para el sano y equilibrado crecimiento del mismo, además de condición para su inserción no problemática en el contexto social"*. Concluye el citado autor que la lesión en sí misma provocada por la negligencia y el desinterés del progenitor reviste las condiciones de un verdadero daño existencial (2002, p. 48).

Asimismo, Medina releva un antecedente jurisprudencial argentino en el que se consideró que el daño moral, a causa de la falta de reconocimiento, impacta en la vida social del hijo, por entender que el uso exclusivo del apellido materno constituye notoriamente en los cánones de la sociedad argentina *"un sello de ilegitimidad de origen como estigma que conlleva un tono de minusvalía social"* (Cciv. y Com. San Isidro, Sala 2, 1-3-1994, "Ausfet Miscione, María Florencia c/ Ausfet, Héctor Eugenio s/ Daños y perjuicios", conforme: Medina, 2001, p. 16).

Ordoqui entiende que a causa del incumplimiento paterno -sin que implique sufrimiento, afectaciones biológicas directas sobre la persona- se están afectando derechos inherentes a su ser en lo que refiere específicamente a su posibilidad de desarrollo en el ámbito social y familiar. Expresa que *"el daño existencial no contempla el ser de la persona sino el poder hacer; el actuar libremente según sus intereses o sus valores"* (Ordoqui, 2005, p. 260). Argumenta el citado autor que el hijo que no fue reconocido padece este tipo de daño ya que la omisión "*supone una afectación al derecho de desarrollarse libremente en el ámbito de la relación familiar y constituye sin duda un daño existencial en la vida del hijo*" (Ordoqui, 2005, p. 260).

Por su parte, Fernández Sessarego también analiza este daño existencial afirmando que refiere a la lesión a la salud considerada de forma integral, no solo a la ausencia de enfermedad sino a la mínima calidad de vida, comprendiendo así techo, alimentación, vestido, trabajo y seguridad social, carencias que impiden que el ser humano pueda realizarse en el discurrir de sus días, en el transcursos de su cotidiano vivir, equivale esto a la ausencia de bienestar o salud integral (2016 B, p. 137).

Considera el citado autor que el daño existencial afecta directamente la estructura psicosomática del ser humano que se haya constituido y sustentado en su libertad, dentro del daño existencial resultan abarcados únicamente aquellas lesiones que aparejen una afectación a la realización de la manera de ser de la persona dentro de su vida ordinaria, daños que generan consecuencias no patrimoniales. Este daño existencial, como lo plantea Fernández Sessarego, afecta la realización de la persona en su vida diaria o normal con consecuencias de carácter no patrimonial (2016 B, p. 119 y 120). Dice el citado autor que el daño existencial trata de las consecuencias que en el bienestar del diario vivir surgen a partir de una lesión de carácter psicosomático, no solo abarcando notorias lesiones que de manera palmaria alteran la calidad de vida de la persona (como en el llamado por Fernández Sessarego daño al bienestar) sino que además incluye otros inconvenientes de menores consecuencias que se presentan en el diario vivir del ser humano (2016 B, p. 132).

Plantea Fernández Sessarego que el daño existencial como el daño al proyecto de vida atienden a las lesiones que afectan en mayor o menor medida a la realización personal, en el primer caso de la cotidianeidad de existir, en el segundo, del destino mismo del ser humano, ambos se encuentran fuertemente vinculados a la libertad personal del individuo aunque en grados diversos, y responden a una visión humanista o personalista del derecho (2016 B, p. 133).

Por otro lado, en un pronunciamiento de la jurisprudencia argentina, se entendió que 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 (Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, Sala F, 17/7/2006. R.A.C. v. M.A.R. conforme: Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, 2014, p. 400).

El fundamento de la indemnización a esta afectación se encuentra en la tutela a los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en su conformación social en que desarrolla su personalidad, identificándose en el marco de las relaciones de familia aquellos casos en los que media una alteración de la personalidad del sujeto en relación directa con conexión causal con la conducta

ilícita, teniendo repercusión en las relaciones familiares, sociales, culturales, de los damnificados (Cassano, 2002, p. 47).

La jurisprudencia uruguaya ha recogido esta categoría del daño, en hipótesis de abandono paterno, sosteniendo que *"puede hablarse de lo que denomina el "daño existencial", especie dentro del género del daño a la persona. Que puede tenerse por acreditado aún sin menoscabo patrimonial o en ausencia de dolor"* adoptando la postura de Ordoqui antecitada (Sentencia 52/2013 TAF 2do, de fecha 18/09/2013).

De lo expuesto se concluye que dentro de este daño existencial se abarcan las repercusiones desfavorables no patrimoniales que no causan sufrimiento auténtico, generalmente la lesión a derechos personales que afectan por ejemplo la identidad, la reputación, la privacidad, la imagen, el derecho a no ser discriminado, todo lo cual afecta la calidad de vida, alterando la libertad de exteriorización de la personalidad y que es pasible de acaecer ante el incumplimiento de la obligación legal de reconocer.

6. Daño al proyecto de vida.

En esta sección se analiza el daño al proyecto de vida como categoría del daño extrapatrimonial, su definición y características referidas por la doctrina y jurisprudencia.

En el ordenamiento jurídico uruguayo no existe una disposición que expresamente refiera al derecho al proyecto de vida y al daño al proyecto de vida. No obstante, se considera que tiene reconocimiento normativo en la Constitución en sus artículos 7, 10, 72 y 332. Conforme destaca Prandi "la protección de la libertad del sujeto, que incluye la libertad de elegir un proyecto de vida, se encuentra consagrada en los artículos 7 y 10 de la Constitución, y se trata de un derecho "inherente a la personalidad humana"" (2020, p. 917).

En primer lugar, se distingue este daño extrapatrimonial del dolor o aflicción que no constituye un supuesto de esta categoría del daño a la persona, así como del daño a la vida de relación, los cuales pueden o no concurrir en forma conjunta,

no siendo excluyentes. Este es considerado una categoría separada y específica del daño a la persona, independiente y diverso del daño moral, presenta características particulares ontológicas propias que le confieren autonomía (Prandi, 2022, p. 759).

Mariño define el daño al proyecto de vida como "*la lesión de las expectativas y proyecciones de la persona en cuanto a su vida, su realización personal, su ser ontológico, su ámbito espiritual interior",* este daño refiere *"al fuero íntimo de ésta considerada en sí misma, la frustración de las proyecciones que ella hacía o podía haber hecho para su vida, el ámbito interno de su libertad personal"* (Mariño, 2018b, pp. 215 y 216). Es decir, para analizar su ocurrencia se debe analizar el fuero íntimo de la persona, no su aspecto externo o social, refiere a la frustración de las proyecciones internamente realizadas para su propia vida.

Si bien se enmarca dentro del daño extrapatrimonial, lesiona un bien jurídico específico del sujeto, su libertad de optar y alcanzar un proyecto de vida, lo que es considerado un derecho inalienable e inherente a todo individuo (Arregui Mondada y Ortega Montero, 2016, p. 334). En efecto, el ser humano tiene proyectos que prolongan su vida y lo realizan de forma plena (Prandi, 2020, p. 917).

Buzchiazzo afirma que en este daño la lesión no recae "*sobre el puro existir sino en esa existencia trazada o lanzada hacia alguna meta preferida entre otras factibles y que no sea axiológicamente negativa".* Agrega que *"suele no haber un plan vital único, sino múltiples, y ello suscita un elenco lesivo flexible y simultáneamente puntualizado"* (2019, p. 6).

Ghersi destaca que la identidad es un derecho personalísimo del individuo que le permite también concretar su proyecto de vida, y concluye que la alteración de esta situación constituye una lesión a ese proyecto de vida de las personas que resulta en un daño indemnizable (2012) .

Al proyecto de vida se lo ha definido como aquel elegido por la persona, en un determinado momento de su vida, con el propósito de realizarlo en el curso de

su existencia, es un determinado rumbo o meta, que el individuo otorga a su vida. En este sentido se ha sostenido que *"se fundamenta en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza de ser libertad. Es lo que el hombre decide ser y hacer con su vida y en su vida"* (Pandiella, 2015, p. 1).

Fernández Sessarego afirma que dentro del daño a la persona aquel que afecta a la libertad, *"los múltiples y constantes proyectos en que consiste la libertad ontológica, concurren, consciente o inconscientemente, a un solo y único proyecto que es el personal "proyecto de vida". Es decir, aquel que sintetiza lo que la persona ha decidido ser y hacer en su vida, con su vida. Es este proyecto el que otorga "sentido" a la vida, el que le brinda su "razón de ser". Es el proyecto por el cual vale la pena vivir"* (2016 B, p. 151).

Acorde a esta postura, se requiere que el proyecto sea fundamental para la vida del individuo, que su importancia sea existencial, y que el daño implique privarlo de su libertad para poder realizar su proyecto de vida. Sostuvo el mismo autor en obra posterior que el daño al proyecto de vida es aquel causado cuando *"se menoscaba, retarda o frustra la realización de la libertad fenoménica, es decir, de la posibilidad de cumplir, en la realidad de la existencia, con el destino que cada persona libremente ha escogido para su devenir vital"* (Fernández Sessarego, 2016 B, p. 134).

En este sentido, el citado autor refiere a la entidad del proyecto de vida como aquél cuya frustración implica que el sujeto quede en la "*situación de vacío existencial"* por perder el *"rumbo axiológico de su vida"* (Fernández Sessarego, 2016 B, p. 177). Éste tipo de impacto -de frustración total- es identificada por el citado autor como el mayor agravio al proyecto de vida, pero no constituye un requisito para la configuración del daño, mientras que la frustración parcial o el retardo de su realización también son daños indemnizables.

Así lo releva en fallo de la Corte interamericana de Derechos Humanos Loayza Tamayo vs. Perú (de fecha 27 de noviembre de 1998). En la referida sentencia el Juez Roux Rengifo, en su voto parcialmente disidente, requiere que se trate de una afectación de mucha entidad para que la lesión al proyecto de vida sea

indemnizable, pero al mismo tiempo destaca que *"deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna".* En la referida sentencia se entendió por la mayoría de la Corte que se afectó al proyecto de vida de la víctima por cuanto medió pérdida o grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable.

En consecuencia, este daño no solo implica la frustración de este proyecto de vida sino que puede referir a cualquier menoscabo, restricción o limitación que pueda sufrir y que de alguna manera frustren parcialmente o retarden la realización del proyecto. Se sostiene por la mayoría de la Corte en el citado pronunciamiento que este daño *"no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable -no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos"*.

Por su parte, las autoras Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas entienden que habrá daño al proyecto de vida cuando se afecte la libertad objetiva del individuo impidiéndole desarrollar su proyección como ser humano, siendo este daño necesariamente futuro, cierto y de considerable entidad. Las citadas autoras agregan que el daño debería revestir también la característica de irreversible para considerarlo configurado, siendo cuestionable la postura antes expuesta en aquellos casos en que la víctima encontró otro proyecto de vida diverso al originario (2010, p. 38) .

En otra de sus obras Rivero de Aranchet sostiene que este daño es indemnizable pero en la hipótesis en estudio requiere que el hijo *"tenga la madurez suficiente para planteárselo y deberá probar sus características personales para saber si por su personalidad podría haberlo",* es decir, si el proyecto de vida era de concreción probable y se vio frustrado por el incumplimiento paterno. La citada autora destaca que los padres no están obligados a suministrar a sus hijos lo necesario para su establecimiento tal como dispone el art. 116 del CC. Al respecto considera que "en *el proyecto de vida no adquiere particular relevancia*

el aporte económico que pudiera haber realizado el progenitor, sin dejar de reconocer que en la pobreza es difícil tener un proyecto de vida que permita escapar a tal condicionamiento… " (2008, p. 155).

En oportunidad de pronunciarse sobre el punto la jurisprudencia uruguaya sostuvo que el no reconocimiento de los hijos resulta similar al incumplimiento de los deberes de manutención o de asistencia, ambos pueden traducirse en un daño por la obstaculización total o parcial del proyecto de vida al que legítimamente aspiraba el perjudicado. Se obstaculiza el desarrollo de actividades, mantener contactos de afecto, educación, esparcimiento, así es que se consideró que la potencialidad lesiva del evento dañoso trasciende el patrimonio, el cuerpo y los sentimientos de la persona, afectando el desarrollo existencial y su calidad de vida (TAF de 1er Turno, Sentencia 52/2013 de fecha 18/09/2013, fuente: BJN).

También ha sostenido la jurisprudencia nacional- referido a su educación terciaria y obtención de un mejor empleo por la víctima- que "*no cabe duda alguna que la actora de haber sido reconocida por su padre hubiera podido gozar de otra situación y habría podido conducir su vida con otras posibilidades y haber alcanzado el destino que se proponía. Ello es así por cuanto y como se dijo es obligación de los padres criar a sus hijos y darles el nivel de vida adecuado para lograr su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 18 y 27 de la CDN)".* Concluyen que el progenitor "*le negó a su hija la posibilidad de lograr una mejor realización integral y el desarrollo a pleno de sus aptitudes*" y se acoge la indemnización solicitada, porque existieron graves menoscabos que limitaron y retardaron la realización integral de su proyecto de vida que difícilmente pueda posteriormente realizar tal y como fuere planeado. Sin perjuicio de reconocer que *"la hija no habría sufrido la frustración completa de su proyecto de vida por cuanto y dentro de las escasas posibilidades de su medio socio-económico logró acceder a estudios superiores"* (Sentencia No. 174/2006 del Jdo. Ldo. de Salto de 1er Turno de fecha 28 de setiembre de 2006).

Sin embargo, en sentencia de segunda instancia fue desestimada la indemnización pretendida por considerar que la hija efectivamente ejecutó un

proyecto de vida (Sentencia No. 270/2007, TAF 2do Turno, fecha 03/10/2007). Resulta equívoco el razonamiento por cuanto el hecho que hubiere alcanzado un proyecto de vida alternativo, elegido en forma subsidiaria acorde a las limitaciones económicas impuestas por la omisión paterna, procurándose el sustento, no exime al padre de responsabilidad por la frustración del proyecto de vida. Tal como se relaciona en la sentencia, resultó acreditado el gusto, habilidad y dedicación de la hija con respecto a los estudios y a las matemáticas, siendo su proyecto de vida elegido libremente uno que vio frustrado por carecer de los medios económicos para ello, lo que constituye un daño al proyecto de vida. Se reconoce que la falta de apoyo económico del progenitor constituye el obstáculo que le impidió realizar estudios universitarios de acuerdo a su vocación y aptitudes.

Este extremo se condice con lo postulado por Fernández Sessarego en cuanto al proyecto de vida ha sido elegido libremente pero además se requiere que el proyecto sea en cierta forma viable de ser cumplido en virtud de las potencialidades que le ofrecen las circunstancias a la persona, eligiendo el proyecto de vida con conciencia de sus reales posibilidades (Fernández Sessarego, 2016 B, p. 178). En efecto, si bien el proyecto de vida se adopta libremente, su cumplimiento depende de las oportunidades u obstáculos provenientes del mundo, tanto interior como exterior, del ser humano. A efectos de que el daño al proyecto de vida revista la calidad de daño indemnizable, el obstáculo debe ser exterior y derivado directamente del hecho dañoso. El daño debe ser cierto y normalmente será un daño futuro, generalmente continuado o sucesivo ya que sus consecuencias acompañan al sujeto durante su transcurrir vital y se produce mediante un evento dañoso que incide en la libertad fenoménica de la persona (Fernández Sessarego, 2016 B, p. 175).

En el mismo sentido, Prandi entiende que a efectos de determinar la procedencia de la indemnización en este caso debe acreditarse que la víctima razonablemente podía aspirar a un determinado proyecto (2022, p. 757).

En el mismo caso, pero en sede de casación la Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 912/2008 (de fecha 19/12/2008) consideró que el daño al proyecto

de vida "*requería que el acto ilícito afectara la libertad objetiva del individuo, que fuera futuro y cierto y de considerable entidad"* y por considerar que la hija manifestó haber alcanzado "*su realización integral en el entorno de razonables posibilidades, según talentos y aplicaciones o esfuerzos personales",* se rechaza la indemnización reclamada por entender que no se habría configurado el daño al proyecto de vida. En el referido fallo se confunden los conceptos de la "*pérdida de chance por pérdida de ingresos económicos futuros, y el daño al "proyecto de vida" sustentado en opciones frustradas"* lo que se unifican *"en la falta de colaboración del progenitor"* concluyen que medió una indebida duplicación reparatoria.

Postura que no se tiene el honor de compartir porque la indemnización responde a daños diversos, por lo que no media una duplicación de la indemnización. La frustración del proyecto de vida puede o no tener repercusiones económicas, por cuanto no se requiere que obedezca a un proyecto de tipo académico o profesional, correspondiendo al ámbito particular que cada persona elija, pertenece a la esfera extrapatrimonial del sujeto, y posee autonomía conceptual con respecto al daño moral y al patrimonial. El punto de partida es particular, no se lesiona el mismo bien jurídico *"en el daño moral el bien jurídico lesionado es el ánimo de la persona, la cual padece un sufrimiento a causa del perjuicio, mientras que, por el contrario, en el daño al proyecto de vida, la lesión se produce en el bien jurídico libertad, es decir, se menoscaba la libertad de la persona de elegir, concretar o desarrollar su proyecto de vida"* (Prandi, 2020, p. 920).

Por otro lado, este daño ha sido catalogado de pérdida de chance porque atañe a una posibilidad determinada a una particular contingencia, el menoscabo indemnizable radica en la pérdida de la posibilidad concreta de alcanzar estudios universitarios, requiere apreciar si existe esa "chance" y que probabilidad tenía el damnificado de concretarla (Gamarra, 1992, p. 109). El perjuicio es cierto por cuanto extingue la probabilidad de ventaja o ganancia que es cierta, ya que existe en el momento del evento dañoso, y el único requisito para que la reparación sea procedente es que el ilícito prive al damnificado de una

probabilidad de obtención del beneficio, debe acreditarse la existencia de una chance, seria, real, suficiente y verdadera (ídem, p. 118).

El concepto de daño al proyecto de vida fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios casos. Uno de ellos fue el caso Cantoral Benavidez Vs. Perú (Sentencia de 3 de diciembre de 2001) indemnizando a la víctima en tanto se consideró que los hechos *"ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida"* de la víctima, la afectación impuesta por los hechos dañosos *le "impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional*" lo que se reputa un menoscabo a su "proyecto de vida".

En el caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia la referida Corte interpreta a este daño como aquél padecido al impedir "*la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero"* (sentencia de 12 de septiembre de 2005). Por último, se destaca que en el caso Ibsden Cárdenas e Ibsden Peña contra Bolivia la Corte sostuvo que los daños indemnizables como consecuencia del daño al proyecto de vida son tanto materiales como inmateriales (Sentencia de 1 de septiembre de 2010).

Se destaca que resulta indemnizable, no solo la frustración de un proyecto de vida ya iniciado, sino también la limitación impuesta al sujeto en su propia libertad para autodeterminarse en su vida (Arregui Mondada y Ortega Montero, 2016, p. 304). Extremo que se considera relevante en la hipótesis dañosa en estudio, por cuanto, conforme se pretendió en los casos jurisprudenciales comentados la omisión paterna impacta de forma negativa en la libertad de elección del hijo. En este sentido "*la imposibilidad generada a la víctima para desarrollar su plan conforme a su real vocación y posibilidad de desarrollo laboral futuro, lo cual (…) compromete la libertad de decisión del sujeto a la hora de optar qué será en su vida, que rol social ocupará"* (Arregui y Ortega, 2016, p. 305).

En tal sentido se releva el impacto que el abandono, la falta de afecto y cuidados necesarios, el direccionamiento y carencia de medios económicos causan en los hijos. En efecto, mediante el incumplimiento paterno se le causa al hijo en forma directa una lesión, que reviste un alcance mucho más amplio que el meramente económico, para perseguir su proyecto de vida, se le niegan otros medios no solo económicos que resultan fundamentales en tanto *"posibilitan a toda persona desde edades tempranas el adecuado direccionamiento en la vida y desarrollo con proyección a futuro, condicionado e incidiendo negativamente en el proyecto vital alcanzable"* (Arregui y Ortega, 2016, p. 305).

Por otro lado, debe distinguirse el daño al proyecto de vida con el daño existencial, si bien ambos recaen sobre la esfera extrapatrimonial del sujeto y están relacionados con la libertad del sujeto, por cuanto se afectan las posibilidades de opción, pero en grados y ámbitos diversos. En el caso del daño existencial abarca únicamente la afectación a la realización de la manera de ser de la persona dentro de su vida ordinaria, a su "cotidianeidad de existir".

Así también debe distinguirse este daño de las afectaciones a la salud mental, que pueden acarrear un daño al proyecto de vida pero no se requiere una relación de causa efecto para la procedencia de la indemnización del daño al proyecto de vida, es decir, son daños diversos e independientes.

También se distingue el daño al proyecto de vida de la mera pérdida de chance de obstrucción de un proyecto ceñido y puntual del sujeto, como la frustración de una beca, un trabajo, un concurso, el daño al proyecto de vida afecta al plan de vida del sujeto y compromete su destino (Fernández Sessarego, 2016 B, p. 135).

Para finalizar, se destaca que para que el daño al proyecto de vida se configure requiere la lesión de cualquier índole al proyecto de vida que hubiere trazado el damnificado, no siendo procedente requerir un cierto grado de afectación para su constitución. Por el contrario, la entidad del menoscabo deberá evaluarse al momento de determinar el quantum de la indemnización, por cuanto no

corresponde requerir una entidad determinada al daño como requisito de procedencia de su indemnización.

Sobre el punto, Fernández Sessarego refiere a la intensidad y magnitud del daño, calificándolo en al menos tres modalidades: la frustración parcial del cumplimiento del proyecto; un retardo del cumplimiento del proyecto; y por último cuando la magnitud e intensidad del daño provocan una frustración total del proyecto. En casos límite el impacto puede llegar a ser tal que el sujeto llegue a experimentar un vacío existencial por haber perdido el rumbo axiológico de su vida (2016 B, p. 177). En suma, el hallar otro proyecto de vida, diverso y acorde a sus circunstancias modificadas en base al hecho dañoso, no implica que el daño no se hubiere padecido, no requiriéndose por los autores estudiados que el mismo revista tal entidad que implique la frustración de cualquier y todo proyecto de vida de la víctima, al decir de Fernández Sessarego este *"daño no trunca definitivamente cualquier expectativa de futura realización personal"* (2016 B, p. 183).

Prandi refiere que incluso puede configurarse este daño aun cuando la víctima no hubiere elegido un proyecto de vida en particular e incluso aunque no sea consciente de su imposibilidad de hacerlo, utilizando como ejemplo a los niños pequeños, a los cuales se le priva de su libertad (2022, p. 757). Calderón Gamboa afirma que aún en el caso de un niño o joven puede configurarse este daño por verse privado de la oportunidad incluso *"de cuestionarse y escoger, definir o visualizar su proyecto de vida que lo lleve a la realización personal. Es decir, no tiene la libertad de escoger, por lo que física, biológica, intelectual y económicamente estará impedido de realizar un proyecto de vida certero"* (2005, p. 60).

Asimismo, se considera que la persona humana es capaz de tener muchos proyectos de vida, no requiriéndose que sea único para que el daño se repute indemnizable, exigiéndose que sea concreto, realizable, que se tengan elementos o indicadores reales y concretos para alcanzarlo y que tenga relación con el desarrollo integral del individuo, y que no obedezca a meros intereses banales o superfluos (Calderón Gamboa, 2005, p. 39).

Conforme destaca Calderón Gamboa el daño al proyecto de vida implica la pérdida o grave menoscabo de desarrollo personal, atiende a la realización de la persona afectada, su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, estos son identificados como los indicadores (2005, p. 26 y 27).

En definitiva, es puramente un daño extrapatrimonial y como tal debe ser avaluado, indemnizando en dinero esta afectación o padecimiento que le causa al sujeto el menoscabo, demora o frustración de su particular proyecto de vida. Es decir, a pesar de ser indemnizado en dinero, no es medible en términos patrimoniales, como el lucro cesante o la pérdida de chance, constituye un daño específico acaecido en la esfera extrapatrimonial del sujeto. Incluso, pueden darse conjuntamente – si el proyecto de vida era de naturaleza profesional o involucraba derechos patrimoniales- no implicando doble indemnización por cuanto obedece a dos daños diversos conceptualmente autónomos. Conforme lo destaca Larrañaga la indemnización al daño al proyecto de vida se trata de indemnizar un daño moral objetivo y no un daño patrimonial, debe distinguirse adecuadamente a efectos de evitar la duplicación de la indemnización de un mismo daño (2006, p. 781).

Por último, resulta interesante destacar como debe cuantificarse este daño. Fernández Sessarego postula una avaluación acudiendo a *"un criterio de equidad"*, *"asumiendo la situación personal de la víctima y vivenciar lo que para ella significa la pérdida de su proyecto de vida"* cuidando de guardar la debida proporción con aquellas indemnizaciones fijadas para otras situaciones. Sobre el punto, Prandi concluye que la reparación de este daño presenta sus particularidades debiendo procurarse que "*se restituya a la víctima a la situación anterior al daño, y se le brinde no sólo una indemnización en dinero, sino también la posibilidad de que su proyecto de vida sea realizado a través de su recomposición, o de medidas de rehabilitación"* (2020, p. 918).

A modo de ejemplo, en el caso citado Cantoral Benavides, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se acoge la solicitud de reparación de este daño, condenado al estado a que proporcione una beca de estudios superiores o universitarios a fin de cubrir los costos de la carrera profesional que

la víctima elija, por cuanto el daño le impidió la realización de su vocación, aspiraciones o potencialidades en particular en cuanto a su formación y trabajo profesional en menoscabo a su proyecto de vida.

Se concluye que el daño al proyecto de vida no se trata de avaluar en términos económicos como habría de beneficiarse la víctima del daño de la concreción de su proyecto de vida, sino por el contrario, se refiere a la realización personal estando directamente implícito el menoscabo a la libertad de su proyecto como fuere trazado, esto le causa un daño puramente extrapatrimonial. Independientemente del menoscabo patrimonial que pudiere habérsele causado por la pérdida de chance o lucro cesante lo cual podrá ser concomitantemente indemnizado, sin que implique duplicación de la indemnización o lucro de la víctima.

VI. PRESUNCIÓN DE ACAECIMIENTO DEL DAÑO MORAL Y SU CUANTÍA

En cuanto a la existencia del daño causado al hijo no reconocido se ha sostenido que surge del propio acaecimiento de los hechos. Es decir se considera acreditado in re ipsa y por tanto, su acaecimiento o existencia resulta eximida de prueba, se entiende acreditada siguiendo un razonamiento acorde a las reglas de la experiencia y a los criterios de normalidad que constituyen estándares jurídicos.

Corresponde citar a Gamarra quien afirma que *“las presunciones son uno de los medios de prueba usados con mayor frecuencia en materia de daños a la persona”* agrega que se utilizan tanto para considerar acreditado su acaecimiento como su monto, no solo en lo referente al daño moral sino también en materia de daño emergente y lucro cesante en los que se recurre a las máximas de la experiencia de los cuales se infiere y se reputa acreditado el perjuicio alegado (1991, p. 51)

Ramos Cabanellas indica que la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad constituye per se un daño moral para el hijo, porque existe *“una*

verdadera presunción de daño a partir de la infracción al deber de reconocimiento" (2021, p. 662).

Por su parte, Ordoqui sostiene que en caso de que se lesionen valores representados en derechos personalísimos, "*la lesión hará presumir in re ipsa la existencia del daño"* y agrega que *"si el daño a la persona parte de la lesión de otros bienes que no son derechos personalísimos, su existencia deberá probarse".* El citado autor pone como ejemplo el derecho al honor o a la identidad, en tales casos, acreditada la lesión, *"se deduce la consecuencia del perjuicio en aplicación de las máximas de la experiencia o por ser un hecho notorio"* (2005, p. 266).

Según esta postura la negación paterna genera una conmoción en el hijo de tal magnitud que se proyecta en su vida, esta es una presunción simple, basada en la experiencia y por tanto admite prueba en contrario.

Gamarra afirma que esta postura según la cual el daño moral surge in re ipsa, puede ser considerada predominante en nuestra jurisprudencia. Argumenta que los principios generales en materia de prueba permiten recurrir a presunciones, porque ello concuerda con las reglas de la experiencia asentadas en la regularidad o normalidad, acreditada la ocurrencia de extremos que separen los hechos concretos de lo que se considera normal o regular. Entiende que la presunción rige exclusivamente para la prueba de la existencia del daño, no para su avaluación. Para esto último es necesario otorgar al juez de amplios poderes de apreciación, debiendo recurrir al análisis de las circunstancias del caso concreto y la reacción de cada víctima en particular (Gamarra, 1994, pp. 270 y 271).

Dentro de los escasos antecedentes jurisprudenciales uruguayos, se concluyó que "*es lógico y razonable presumir"* que el incumplimiento paterno causa al hijo no reconocido lesiones a "*derechos que le son inherentes a su condición de tal, como puede ser: derecho a su identidad, derecho al nombre, derecho a integrarse a una familia, derecho a los alimentos, derecho a gozar del cuidado y*

protección de su padre, derecho al afecto" (Sentencia No. 174/2006 del Jdo. Ldo. de Salto de 1er Turno).

Asimismo, en segunda instancia del mismo caso en sentencia No. 270/2007 (de fecha 3/10/2007) el TAF 2do sostuvo que la actitud agraviante y de rechazo desplegada por el progenitor *"ocasionó un sufrimiento que no requiere prueba".*

Así también lo ha considerado el TAF de 1er Turno que en sentencia 20/2016 (de fecha 1/3/2016) entendió suficientemente acreditado el daño moral que la falta de reconocimiento en el momento oportuno causó, por cuanto, a pesar de haber ostentado el trato de hija, igualmente se le produjo un daño por la falta de emplazamiento familiar, la negativa o falta del derecho de la identidad, específicamente familiar, el uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia. Concluye el Tribunal que *"obviamente el daño moral es "in re ipsa"*.

Por su parte, sobre el daño moral padecido por el abandono paterno, se ha pronunciado el TAF de 1er Turno en sentencia 52/2013 (de fecha 18/09/2013) en la que se afirma: *"se está ante un daño por incumplimiento del deber de sostén, cuidado y educación que se inicia a la edad de ocho años (…) No se acreditaron dificultades como las que vienen de expresarse o daño emergente pero sí la ruptura del vínculo y el sufrimiento del proyecto de vida que le es connatural*"; agregando que corresponde presumir la ocurrencia del daño en virtud de las disposiciones del *"ordenamiento jurídico y las reglas de la experiencia".*

También el TAF de 2do Turno tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto, en sentencia No. 115/2006 (de fecha 3 de mayo de 2006) recurriendo a este mismo criterio de valoración, aunque en hipótesis diversa dentro de los daños en materia de relaciones de familia, sostuvo *que "el deterioro personal que produce en cada persona el mal relacionamiento con sus progenitores, con uno o los dos, es un hecho de la realidad, que en sí no requiere otra prueba que, precisamente, la de tal actitud prescindente"*, en definitiva adopta la postura que presume la ocurrencia del daño.

Medina releva antecedentes jurisprudenciales argentinos en los que se concluyó que a pesar de que el eventual trauma o conflicto no se reflejara en la persona del hijo, la sola ausencia del rol paterno, así como todo lo que ello implica (falta de guía, apoyo, afecto, etc.) se entiende suficiente para reputar ocurrido el daño. Se concluye que *"indudablemente los hechos dañosos son mucho más serios y perturbadores en la niñez y la adolescencia y, más allá de casos concretos que merezcan una prueba específica respecto de su incidencia, surgen in re ipsa loquitur"* (C. 1ª CCom. De Mar del Plata, sala 1, 31-10-96, *"A., S. G. c/R., F.* j. s/Reconocimiento de filiación. Daños y perjuicios"; conforme : Medina, 2002, p. 488 y 489).

En similar sentido, se consideró en otro antecedente jurisprudencial argentino que *"se trata de una prueba in re ipsa que surge de los hechos mismos",* agregan que no requiere mayor esfuerzo probatorio *"acreditar lo que es obvio y notorio: el transitar por la vida sin más apellido que el materno, sin poder alegar la paternidad, lo que causa en cualquier persona un daño psíquico marcado"* (Cciv. y Com. San Isidro, Sala 1, 11-11-1997, "P., L. c/ M. R. s/ Acción de filiación: Revista La Ley, p. 747/60, conforme: Medina, 2001, p. 17).

Así también se reputó al agravio moral como *"la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de los derechos de la personalidad del que es titular el hijo (…) la acreditación de la existencia de dicha transgresión importa al mismo tiempo la prueba de la existencia del daño"* (SCBA, 28-4-98, "P., M.D. c/A., E.", L.L.B.A., 1999, p. 167 con nota de Claudio G. Romano; conforme: Medina, 2001, p. 18).

Es así que Molina concluye, que la doctrina y la jurisprudencia argentina francamente mayoritarias sostienen que, una vez acreditado el obrar antijurídico y el factor de atribución, el daño moral se presume. Como ejemplo invoca un caso de la Suprema Corte de Mendoza en el que se sostuvo que el daño se presume ante la falta de reconocimiento de la filiación, estando exento de prueba por haber sido lesionado un derecho personalísimo, derivado del incumplimiento de una obligación legal. Se reputó *"obvio que la falta del padre provoca dolor, aunque este pueda ser de distinta intensidad según la circunstancias del caso"*

(Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 24/07/2001 conforme: Molina, 2012, p. 4).

En esta línea explica Gregorini Clusellas que el daño moral *"sería cuantificado in re ipsa, de acuerdo con los efectos sobre una persona común y si se pretende en exceso debería acreditarse"* (2007 B, p. 62). Agregando posteriormente *"la prueba del daño será una prueba in re ipsa, indirecta, debido a la imposibilidad de demostrar el dolor o los sufrimientos o aflicciones de cada sujeto, que formarán parte de su fuero íntimo"*; por cuanto es esta *"una situación que a todo ser ordinario y corriente en iguales condiciones provoque el agravio"*, mientras que *"la suma resultará del arbitrio, no arbitrariedad, de los jueces y como el agravio moral no tiene una medida exacta, resulta su diversa justipreciación por los sentenciantes"* (2007, p. 69).

Asimismo, señala el citado autor que "*esta reparación siempre será una satisfacción relativa para el damnificado y su correcta apreciación podrá razonablemente encontrarse a mitad de camino entre la indemnidad y el lucro"* (2007, p. 69).

Si bien se comparte la reflexión citada, debe adoptarse con cautela a fin de evitar la fijación arbitraria de un monto global para indemnizar el daño moral causado al hijo. Como ejemplo de estas falencias puede citarse la sentencia No. 119 /2024 dictada por el TAF de 1er Turno (de fecha 05 de junio de 2024) en la que se admitió la indemnización del daño moral causado al hijo por la omisión paterna, fijando su quantum en una suma de dinero sin justificar ni argumentar los motivos por los que arriba a dicho monto. En el referido pronunciamiento se sostuvo meramente que *"la Sala entiende suficientemente acreditado el daño moral que la falta de reconocimiento voluntario le produjo al actor, pero discrepa en cuanto al monto el cual considera excesivo teniendo presente los parámetros jurisprudenciales de nuestros Tribunales. En tal sentido se entiende fijar el reclamo en la suma de U$S 20.000".*

Por otro lado, la doctrina argentina ha sostenido que existe una postura minoritaria constituida por algunos precedentes jurisprudenciales que plantean

que el daño moral —como todo daño— debe ser probado e, incluso algunos, han acudido a la prueba pericial psicológica para demostrarlo (Culaciati, 2009, p. 1 y 2).

En suma se concluye que existe una postura ampliamente mayoritaria que considera que el daño moral ante el incumplimiento paterno de la obligación de reconocer voluntariamente a su hijo y emplazarlo en el estado civil que corresponde a su realidad biológica, conlleva necesariamente un daño moral cuya ocurrencia e incluso su quantum se presume de los propios hechos.

VII. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

En el presente apartado se analizarán los criterios utilizados para la avaluación del daño moral y su aplicación en la hipótesis dañosa en estudio.

Conforme indica Gamarra existe un vacío normativo que deja librada la cuantificación del daño moral a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial (1991, p. 11).

Suarez Cal destaca que una vez acreditado el acaecimiento cierto de un daño, determinado su contenido y extensión, debe procederse a su estimación monetaria a los efectos de su indemnización, la cual será siempre una tarea estimativa. Esta estimación pecuniaria del daño es una práctica que sigue un conjunto de técnicas a los efectos de obtener una reparación lo más justa posible (2020, p. 1036).

Por un lado, se descarta como criterio para la cuantificación del daño su comparación con la obligación incumplida. Gamarra sostiene que *“la única función de la obligación resarcitoria es reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación primitiva, y por ello, su entidad (el monto del crédito indemnizatorio) no se mide por el valor de la prestación originaria, sino de acuerdo al perjuicio causado por el incumplimiento”* (Gamarra, 1996, pp. 23-24). Es decir, la medida de la indemnización ha de ser la del daño padecido, no midiéndose en base a la entidad de la obligación incumplida, lo que resulta acorde con el principio de reparación integral del daño.

Por otro lado, para la determinación del quantum del daño extrapatrimonial debe partirse de la base de que la compensación no acabe constituyendo un enriquecimiento del damnificado, ni tampoco una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio moral padecido, por el contrario debe resultar ajustada al daño efectivamente padecido (Mosset Iturraspe, 2016, p. 442).

Algunos fallos de la jurisprudencia nacional, como la Sentencia No. 270/2007 del TAF 2do Turno (de fecha 3/10/2007), han reducido los montos indemnizatorios por daño extrapatrimonial en casos de omisión de reconocimiento paterno, argumentando la falta de antecedentes análogos, lo elevado de las sumas, así como la necesidad de considerar las particularidades del Derecho de Familia, recurriendo a la fijación de un monto de forma arbitraria. Sin embargo, esta práctica es contraria al principio de reparación integral del daño, que determina que la indemnización deba ser proporcional al perjuicio efectivamente sufrido por la víctima, tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso. En el fallo citado, la reducción lleva el monto a una suma meramente simbólica que no se ajusta a la gravedad del daño efectivamente causado y no se consideran parámetros adecuados para su determinación, sin adecuada fundamentación que justifique el quantum.

Para determinar el quantum resulta fundamental evitar la liquidación global del daño, debe identificarse o tipificarse el daño extrapatrimonial en sus diversas especies, clasificarlo y jerarquizarlo a fin de arribar a una correcta avaluación. Para posteriormente apreciar la gravedad objetiva del detrimento causado para cuantificar el daño y la consecuente indemnización (Rugna, 2014, p. 5).

Para ello deben identificarse los derechos vulnerados y la entidad de las lesiones causadas, relevando y considerando las circunstancias específicas y particulares del caso concreto que puedan aumentar o morigerar la indemnización. Si bien en el derecho uruguayo el precedente nunca es obligatorio, se busca como sustento para la cuantificación del daño extrapatrimonial referentes jurisprudenciales que versen sobre casos similares, lo que es pacíficamente aceptado como fundamento para la determinación.

Sostienen Alterini y López Cabana que para determinar la indemnización por daño moral se ha aconsejado tener en cuenta la gravedad objetiva del daño, la personalidad de la víctima: su situación familiar y social y su receptividad particular, así como la gravedad de la falta y la personalidad del autor, contemplando que la indemnización no debe constituir un enriquecimiento sin causa (1992, p. 239).

Con gran acierto afirma Molina que en estos casos *"en que las carencias afectivas difícilmente puedan ser suplidas y el pago de una suma de dinero penosamente cumplirá algún efecto "resarcitorio" del daño causado, pues no debe olvidarse que quien causa el dolor es el propio progenitor que incumple voluntariamente el mandato primario de asumir responsablemente su procreación"* (2012, p. 6).

No deben soslayarse los problemas fundamentales que presenta el daño extrapatrimonial, por cuanto implica medir el sufrimiento humano, la imposibilidad de su determinación en términos cuantitativos exactos, así como la aplicación de criterios que posean validez general. En este sentido, debe realizarse una prudente valoración de las pautas generalmente tenidas en cuenta a la hora de determinar la cuantificación de este daño aplicadas al caso concreto.

Asimismo, se realiza una salvedad, ante algunas posturas expuestas en doctrina y jurisprudencia, se descarta como atenuante o eximente de responsabilidad la oportuna presentación como demandado en el proceso judicial de investigación de la paternidad o su colaboración con la actividad procesal (Richeni, et al. 2016, 6).

Conforme se analiza en el capítulo respectivo, el obstaculizar el proceso judicial reviste un hecho ilícito – o multiplicidad de hechos- diverso a la omisión en reconocer al hijo, que podrá redundar en un agravamiento del daño o en la causación de otros daños, pero no constituyen la hipótesis dañosa medular.

Litigar de buena fe o prestar la colaboración en el correspondiente proceso, no es más que cumplir con el deber del estándar del buen litigante, emergente del texto de los arts. 5 y 142.2 del CGP, que impone a todos los partícipes en el proceso la actuación con dignidad, respeto, lealtad y buena fe. Por el contrario, la actuación procesal que se aparta de este estándar amerita sanciones como la condena en costas y costos (art. 688 del CC y art. 56 del CGP), la presunción simple en contra de su interés (art. 142.2 del CGP) o incluso la responsabilidad por daños en el caso del abuso de las vías procesales.

A su vez, no solo el hecho dañoso es diverso, sino que ya se ha configurado en forma muy anterior a la presentación de la demanda de investigación de la paternidad, conforme se ha analizado en el capítulo respectivo.

En la misma línea que se propugna se ha pronunciado la jurisprudencia argentina, *"el deber de colaboración en el proceso por parte del demandado lo beneficia a él, toda vez que él debería ser el más interesado en despejar todas las dudas sobre su supuesta paternidad y, por otro lado, el no sometimiento a la prueba biológica posee su propia sanción. Así es que el sometimiento voluntario será valorado en el proceso e impedirá que recaiga sobre el demandado la presunción (…) pero debe recalcarse que aquella colaboración no debe extrapolarse como atenuante de la responsabilidad de haber privado al niño de un emplazamiento familiar completo.*" (Cám. Civ. Corrientes, Sala III, Expte. N° 1159, Sentencia N° 30, 01/06/2011, —Actor c/ Demandado s/ Filiación // Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L (CNCiv) (Sala L) CNCiv., sala L ~ 2009-03-31 ~ S., M. G. y otro c. D., H. H.". fuente: Richeni, et al. 2016, 6).

Por último, se considera que la determinación del quantum del daño deriva en definitiva de juicios de valor y en cuya graduación, no subordinada a cánones objetivos "*cobra singular relevancia la prudente ponderación del Juzgador"* que implica un pronunciamiento inevitablemente subjetivo (Molina, 2012, p. 6).

1. Precedentes jurisprudenciales

Dadas las obvias dificultades para apreciar el daño extrapatrimonial y a los efectos de evitar arbitrariedades se ha recurrido para la determinación de su quantum a precedentes jurisprudenciales en los que se indemnizan situaciones similares.

Conforme indica Gamarra este criterio parte de datos empíricos que suministra el estudio de los precedentes judiciales y busca establecer cuáles son los valores medios consagrados por los jueces en casos de daños a la persona análogos o similares, agrupando los pronunciamientos aislándolos y tipificándolos separadamente (1990, p. 9). Agrega el autor, que sin soslayar que los precedentes no son obligatorios, este método aporta la necesaria coherencia entre los diversos pronunciamientos y sustenta también el valor de certeza y seguridad, por cuanto permite predecir a los litigantes con cierta aproximación el resultado de su caso concreto (Gamarra, 1990, p. 15).

Mariño propugna una corrección de la metodología de cuantificación del daño extrapatrimonial utilizada unánimemente en la jurisprudencia uruguaya. En primer lugar, destaca que los antecedentes jurisprudenciales que se utilicen de guía o base por el juez para la liquidación del daño deben versar sobre situaciones fácticas similares (2016 C, p. 477).

En segundo lugar, deben analizarse las circunstancias particulares de cada categoría y subcategoría del daño no patrimonial sin recurrir a una liquidación global del daño, especificándose lo asignado para cada categoría y su debida correlación con los daños indemnizados en cada caso (Mariño, 2016 C, p. 477). Finalmente, el citado autor sostiene que debe liquidarse específicamente cada ítem considerando lo estimado por los precedentes judiciales que reparan supuestos de hecho similares y el impacto en cada hecho lesivo en el daño moral (2016 C, pp. 479 y 480).

En la jurisprudencia uruguaya resulta destacable la sentencia No. 20/2016 dictada por el TAF de 1er Turno (de fecha 1/3/2016) en la que se relevan como

antecedentes jurisprudenciales a los efectos de la determinación del daño moral, no solo hipótesis de hecho similares, como la multicitada sentencia dictada por el TAF de 2do Turno No. 270/2007 de fecha 03/10/2007. Sino que invoca sentencias dictadas en materia de diversos daños causados en el marco de las relaciones de familia (sentencias dictadas por el TAF de 1er Turno Nos. 371/2007 y 241/2009 indemnización por daños causados por adulterio; Sentencia T.A. Familia de 2do Turno No. 115/006 y No. 52/2013 del TAF de 1er Turno, se indemniza el incumplimiento de los deberes de la Patria Potestad).

En definitiva, cabe concluir que siguiendo la postura de Gamarra (1990) largamente asentada ya en los tribunales uruguayos, en el referido fallo se contextualiza la indemnización justificando su cuantificación, para evitar una fijación desproporcionada con las restantes indemnizaciones, a pesar de la diversa etiología de los hechos dañosos. Sin embargo, es de vital relevancia la incidencia de las circunstancias del caso concreto en la determinación del quantum, aspecto esencial a tener en cuenta (Gamarra, 1990, pp. 30 y 31).

Además, conforme sugiere Gamarra estas sumas deben de actualizarse extremo que no se consideró en los fallos citados ya que se utilizan como referencia sentencias dictadas diez años antes (1990, p. 30).

Prandi indica que para cuantificar el daño al proyecto de vida no debe realizarse mediante guías para cuantificar el daño moral, en su acepción asimilada a dolor o aflicción, sino mediante la comparación con precedentes similares de lesiones a proyectos de vida en supuestos análogos (2022, p. 769). Lo que se comparte, pero se destaca que la analogía no versa en el marco en que se configura el daño, las relaciones de familia como se da en las referencias jurisprudenciales, sino específicamente en el daño causado.

Conforme se ha señalado a lo largo del presente trabajo, la hipótesis dañosa en estudio escapa al agrupamiento necesario para tomar como referencia los antecedentes jurisprudenciales conforme a la postura de Gamarra (1990, p. 31). Es así que, ante la carencia de antecedentes jurisprudenciales en los que apoyarse se ha propuesto asimilar la ausencia voluntaria del progenitor a su

pérdida física. Así lo proponen Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas (2012, p. 161).

En el mismo sentido se ha relevado un antecedente jurisprudencial español en el que se considera al daño de frustración de un proyecto familiar equiparable a *"la pérdida definitiva de un ser querido"*. Este recurso ha sido adoptado al fijar la indemnización a un padre cuando ha vivido en el convencimiento de que un niño era su hijo así lo reconoció, emplazó y trató, por ocultamiento de la realidad biológica de parte de la progenitora. Se ha considerado que media en la especie una frustración al proyecto de vida familiar y vínculos que se han visto mutilados como consecuencia de estos hechos, *"causando una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido, además del sentimiento de profunda frustración que ha generado en el demandante la situación padecida"* (SAP Barcelona, Sec. 18a, de 16.1.2007, citada y comentada por Farnós, 2007, p. 7).

Otro antecedente español en igual sentido ha equiparado "*el descubrimiento de la verdad biológica a la pérdida física de los hijos"*, considerándose que *"genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte (…) al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida"* (SAPV, Sec. 7ª de 2.11.2004, conforme: Farnós, 2007, p. 9).

Sin dejar de reconocer que el ejemplo trata sobre una hipótesis dañosa diversa al objeto del presente estudio, resulta interesante este planteo en el sentido de equiparar el dolor, padecimiento y frustración del proyecto de vida que causa la pérdida del vínculo en virtud del ocultamiento de la verdad biológica con el fallecimiento de la persona. Esta postura ha sido criticada sosteniendo que la valoración de este daño debe realizarse en función de parámetros objetivos resultantes del análisis de las circunstancias de hecho, sin recurrir a indemnizaciones fijadas por la pérdida física de una persona, debido a la ausencia de antecedentes jurisprudenciales o la dificultad de valoración de estos daños (Farnós, 2007, p. 21).

A pesar de lo atendible de las críticas, se concluye que la postura expuesta es de recibo y aplicable al objeto del presente estudio. En consecuencia, el daño causado por la omisión del progenitor en reconocer, el impacto del rechazo paterno en la psiquis, la falta del vínculo paterno filial, así como del cariño y del aporte moral a la educación del hijo, que son todos daños extrapatrimoniales indemnizables, pueden asimilarse al caso de la pérdida física del progenitor en etapas tempranas de la niñez y en consecuencia así avaluarse a la hora de fijar la indemnización. Este daño puede incluso avaluarse como superior, por cuanto el rechazo decidido y voluntario objetivamente considerado puede producir un impacto emocional más profundo y doloroso.

Por otro lado, se ha planteado que la omisión paterna causa al hijo *"la pérdida de chance afectiva"* por cuanto se ha perdido una oportunidad o chance y no un beneficio existencial concreto, el hijo tiene una aspiración de conseguirlo de haberse proseguido un curso fáctico expectable y verosímil que el suceso lesivo interrumpió (Filia, 2020, p. 78). Es decir, no se priva al hijo de la relación de afecto y cuidados que mantenía con su padre, por cuanto esta nunca existió, sino que se lo priva de la oportunidad de haber tenido esa relación. Es en virtud de este punto de vista, que el daño causado por la pérdida física del progenitor puede constituir una base para la determinación del quantum de la indemnización, morigerándose en virtud de constituir la pérdida de la chance y no el beneficio concreto.

En suma, los fallos jurisprudenciales dictados en casos análogos constituyen un recurso aceptado unánimemente en el derecho uruguayo como fundamento para la determinación del quantum de la indemnización del daño extrapatrimonial. Sin embargo, este método empírico-objetivo presenta grandes dificultades para su aplicación en la hipotesis en estudio, dada la escasez de pronunciamientos. Se relevaron estudios de doctrina y algunos fallos jurisprudenciales que intentan una asimilación argumentativa a casos, que si bien distan de ser análogos, constituyen un marco que confiere fundamento y coherencia a las indemnizaciones a fin de evitar arbitrariedades en su fijación.

2. Criterios objetivos

En cuanto a los criterios objetivos utilizados para avaluar el daño extrapatrimonial padecido por el hijo se han relevado algunos tratados por doctrina y jurisprudencia que se analizan a continuación.

a. Tiempo

El tiempo transcurrido desde que el progenitor tuvo conocimiento de su posible paternidad hasta el efectivo emplazamiento es un criterio objetivo utilizado en la cuantificación del daño moral.

Ordoqui plantea que, una vez recaída sentencia definitiva en el proceso de investigación de la filiación, sus efectos son retroactivos, por ello como daños indemnizables se consideran los ocurridos en el período de vida del hijo no reconocido (2012, p. 425). Por lo tanto, el período de tiempo a considerarse debe ser desde su nacimiento hasta la ejecutoriedad de la sentencia que lo emplaza en la calidad de hijo.

Al respecto, Ramos Cabanellas señala que *"el período transcurrido es fundamental pues revela la continuidad del daño en que la víctima se ve afectada en no poder reclamar lo que en forma legítima corresponde a su calidad de hijo"* (2021, p. 661).

Se ha entendido que el tiempo resulta un parámetro útil para medir el quantum indemnizatorio, no es una agravante en sí misma, sino que se considera que se trata de un daño continuado, una especie de daño que se renueva cada día (Vivanco, 2017, p. 313).

En efecto, el período de tiempo desde que el progenitor adquiere conocimiento de su posible paternidad hasta el efectivo emplazamiento no solo refleja la prolongación del daño sufrido por el hijo, lo que agrava el perjuicio, sino que incluso puede dar lugar al nacimiento de algunos tipos de daño extrapatrimonial, o su consolidación con el paso del tiempo.

b. Reducción del daño indemnizable por la omisión materna en iniciar las acciones de investigación.

Contrariamente a lo que se viene de exponer, una postura debate la imputabilidad del daño causado durante el tiempo que se demoró en iniciar las acciones de investigación de la filiación. Incluso imputándole a la progenitora reconociente responsabilidad por la demora en el emplazamiento durante la minoridad del hijo.

Si bien el planteamiento no integra los criterios de avaluación del daño, sino que se trata de un aspecto concerniente a la causalidad, es tratado por la doctrina y jurisprudencia al referirse a este extremo por cuanto la reducción del daño se da por la incidencia causal de la conducta de la madre en la promoción de las pretensiones específicas, lo que motiva la referencia al punto.

Postulan que la inactividad de la progenitora debería atenuar la responsabilidad del padre, reduciendo el quantum del daño a ser indemnizado por el progenitor omiso. Para ello se fundan en la responsabilidad materna al desplegar una actitud displicente, por lo que no corresponde incrementar el crédito a favor del hijo perjudicado (Vivanco, 2017, p. 306).

Como contrapunto, para otro sector de la doctrina 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"* (Fillia, 2020, p. 79).

La jurisprudencia uruguaya registra antecedentes en ambos sentidos. Se ha considerado que la demora en iniciar la acción por parte del hijo o por la progenitora -durante su menor edad-, no afecta la avaluación del daño ni la responsabilidad del progenitor omiso, si la misma es deducida dentro del plazo hábil que fija la ley (Sentencia No. 174/2006 del Jdo. Ldo. de Salto de 1er Turno, Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, p. 13).

En similar sentido, se sostuvo por el TAF de 1er Turno en sentencia 20/2016 (de fecha 17/02/2016) que *"la acción de investigación de paternidad le pertenece al*

hijo (art. 241 CC; 198 núm. 1 CNA), la progenitora es solamente su representante legal" y por tanto no puede imputarse al hijo la omisión materna.

En la postura opuesta, se ha fallado considerando que "*los años en que se demoró en promover la acción no son de cargo del demandado"* por cuanto no se promovió por la progenitora durante la minoría de edad de la hija, y a su vez ésta lo hizo en forma muy próxima al vencimiento del término de prescripción, fundamento por el cual se reduce la indemnización del daño moral en forma sustancial (sentencia 270/2007 del TAF 2, de fecha 03 /10/2007).

Por su parte, la jurisprudencia argentina ha entendido que la conducta de la progenitora no afecta la responsabilidad paterna "*pero sí como colaboradora en la prolongación del tiempo del daño de que se trata, extremo que desde luego no puede válidamente preterirse al fijar la cuantía de la indemnización por la que debe responder el demandado"* (S.T.J. de la Provincia de Corrientes, Expte. N° 1387/10, Sentencia N° 114, 21/10/2014, carátula: —R. M. en representación de su hija c/ O. I. G. s/ daños y perjuicios, conforme: Richeni et al, 2016, p. 9).

También se han relevado fallos argentinos, en sentido contrario, que desestiman el impacto que la omisión materna sobre la indemnización por considerar que *"no amengua la importancia de esa falta de reconocimiento espontáneo el extenso intervalo de tiempo transcurrido desde el alumbramiento hasta la interposición de la demanda por filiación*" (Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, en sentencia de fecha 27/09/2005, dictada en la causa "G., P. M. c. V., M. O. - Filiación extramatrimonial - ordinario", L. de S. 2005 T. II F° 176/179; relevada por Rugna, 2014, p. 3).

c. Edad del hijo al momento del emplazamiento

Se ha valorado como elemento objetivo a considerar, tanto por doctrina como por jurisprudencia, la edad del hijo al momento del emplazamiento para determinar la cuantía del daño extrapatrimonial.

Incluso se ha llegado a cuestionar la ocurrencia del daño extrapatrimonial, por carecer el damnificado de discernimiento a causa de su corta edad. Sobre el

punto, Medina releva jurisprudencia argentina que ha seguido la tesis amplia admitiendo la procedencia de la indemnización aun cuando la víctima sea un niño de muy corta edad, y en consecuencia incapaz de discernimiento en general. El fallo se funda en que *"el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral futuro en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente"* agregando que el daño es futuro y cierto y se presume a partir del desconocimiento del padre y la falta de apellido paterno (C.C Com. de Junín, 22-9-95, L. L. B. A. 1996-374; conforme: Medina, 2002b, p. 141).

Sin embargo, existen fallos jurisprudenciales argentinos que han rechazado el resarcimiento respecto de víctimas de corta edad, fundándose en que ningún daño se había probado y en su falta de discernimiento dada por su corta edad por lo cual se sostuvo que *"en tan corto lapso de vida la falta de reconocimiento paterno no pudo haber repercutido en forma desfavorable"* en el hijo especialmente teniendo en cuenta que la progenitora habría incoado las acciones judiciales para el emplazamiento filiatorio ya que *"luego del juicio la misma contará con el apellido paterno y quedará inserta en el medio social como hija del demandado"* (Cciv. y Com. San Isidro, Sala I, 28-IV-1994, *ED*., 159-181; conforme: Sambrizzi, 2007, p. 180.).

Cabe destacar que Gamarra rechaza la postura que excluye la indemnización de niños en atención a su corta edad por tratarse de un daño cierto o razonablemente probable que se manifestará en un futuro. En referencia a la indemnización por pérdida material -muerte- del progenitor concluye que *"la ausencia de guía paterna coloca al hijo en una situación de inferioridad que lo acompañará toda su vida"* , incluso se admite la indemnización al hijo concebido no nacido al momento del fallecimiento de su progenitor (1994 B, p. 36). Las consideraciones expuestas resultan trasladables al objeto del presente estudio, por cuanto no puede rechazarse la indemnización de todo y cualquier daño extrapatrimonial al hijo cuya madre actúo diligentemente al accionar judicialmente para evitarle un daño mayor.

Asimismo, se ha considerado que "*no es lo mismo la situación de un niño que aún no se encuentra escolarizado que los supuestos (…) en que concurre a la escuela, realiza otras actividades en la comunidad, tiene grupos de amigos, etc."* (Molina, 2012, p. 4). En este sentido, la Jurisprudencia argentina ha recurrido a diversos parámetros referidos a la vida del hijo para determinar el monto a indemnizar, como su edad, el hecho de que recién hubiera comenzado la vida escolar, así como que la omisión no le hubiere causado mortificaciones o menoscabos que justifiquen elevar el monto (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala C 7/6/2007 G.B.N. y otro v. C.M.S. , conforme: Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas, 2014, p. 399).

En efecto, la edad del hijo puede resultar un criterio de necesaria consideración en casos particulares. Conforme releva Medina quien invoca un antecedente jurisprudencial argentino en el cual se valoró la conducta desplegada por el progenitor a los efectos de avaluar el menoscabo considerando que *"el alejamiento intempestivo del progenitor, especialmente en la época en que la hija entraba en la preadolescencia, puso en crisis su estado de familia por la negación del vínculo paterno-filial, y también puso en crisis la misma identidad de la damnificada y su integridad física y moral"* (C. CCom. de San Martín, sala II, *18-2-99.* G., H. P, c/R., C. A, S. s/Acción de filiación—, E. D. 84-219; conforme: Medina, 2002b, p. 145).

La misma autora cita otro pronunciamiento argentino que, si bien entiende al daño como obvio y notorio, pondera la indemnización en base a la etapa particular de la vida de la hija, su adolescencia. En el referido fallo se sostuvo *"en un caso como el que nos ocupa, en que la menor accionante tiene ya 19 años, vale decir, que se encuentra en una etapa, como la adolescencia, que se caracteriza por la extremada susceptibilidad, sensibilidad enmarcada en el plano de los pensamientos, necesidad de reconocimiento y afecto, cuestionamiento de la propia personalidad e inseguridad en todos los campos, a punto de sentir desprotección, desvalimiento aun cuando no es real, y tanto más cuanto si hay razón para sentirlo de tal modo"* (CNCiv., sala L, 23-12-94, fallo 46.397, E. D. 62-247, conforme Medina, 2002b, p. 140).

La postura expuesta parece referir exclusivamente al daño extrapatrimonial entendido como padecimiento, dolor o afectación del ánimo, causada por el rechazo paterno, si bien resulta cuestionable por cuanto el daño futuro es también indemnizable, esta línea argumental no resulta aplicable a los restantes derechos extrapatrimoniales del hijo que se ven vulnerados por el incumplimiento paterno, que son independientes del padecimiento que le pudiera irrogar.

Se destaca que no debe confundirse el discernimiento del hijo como requisito para la configuración del daño moral causado al mismo, especialmente en tanto el impacto del daño sufrido en muchas ocasiones sigue produciendo consecuencias disvaliosas que se despliegan hacia el futuro(Culaciati, 2009, p. 4).

En suma, sin soslayar que acorde a la postura seguida en el presente estudio parte del daño extrapatrimonial causado al hijo ha de presumirse por la propia ocurrencia del incumplimiento paterno, puede valorarse como elemento objetivo la edad del hijo porque en sus primeros años de vida ciertos aspectos de hecho que acrecientan el daño no se han configurado aún, argumentándose que *éste* se acentúa cuando comienza su vida estudiantil y social.

d. entidad del daño emocional

Puntualmente con respecto a la apreciación y avalúo del daño extrapatrimonial entendido como dolor o sufrimiento cabe realizar las siguientes consideraciones.

Ramos sigue la posición que exige una cierta entidad para la procedencia de su indemnización, no considera indemnizables los simples desagrados o molestias por constituir padecimientos normales que todas las personas deben soportar por el hecho de vivir en sociedad. Afirma que no es indemnizable el daño *"si el conjunto de molestias no genera una situación aflictiva profunda o un desequilibrio emocional que afecta la vida en relación"* (2008, p. 169). Postura que se considera de franco rechazo en virtud de los lineamientos generales antes referidos en materia de cuantificación del daño extrapatrimonial.

En el contrapunto, Molina sostiene que *"el daño moral se presume in re ipsa (…) la ausencia de sintomatología significativa sólo podrá ser valorada, en todo caso, para morigerar su cuantificación"* (2012, p. 6).

En cuanto a la lesión al derecho personalísimo a la identidad se ha considerado que solo se requiere acreditar la "intensidad" de la afectación emocional a efectos de determinar la cuantificación económica de su indemnización (Ghersi, 2012).

Por último, se destaca una postura seguida por la doctrina argentina según la cual la apreciación de la intensidad de los padecimientos producidos en el damnificado está limitada por la cuantía del reclamo. Se fundamenta en que la víctima es quien se encuentra en mejores condiciones de mensurar el dolor, aflicción o los padecimientos que ha tenido a raíz del hecho. Porque a diferencia de lo que sucede con los daños materiales o las lesiones causadas a la persona, cuya entidad se determina por prueba pericial, en el daño moral se carece de un método adecuado para su avaluación (Ghersi, 2012).

Claro está que esta postura es cuestionable en tanto tiende a permitir abusos y arbitrariedades, deberá en todo caso considerarse dentro de los parámetros razonables y ponderando las características del caso a efectos de arribar a una indemnización que se corresponda con el daño padecido.

e. Cumplimiento de los deberes de cuidado – trato de hijo

Corresponde apreciar, al menos brevemente, el impacto que puede tener sobre el quantum del daño el haberle sido conferido el trato de hijo a pesar de permanecer incumpliendo su obligación legal de reconocerlo.

Sin soslayar que las hipótesis dañosas son diversas, por cuanto las obligaciones que trae aparejada la calidad de progenitor - cuidado, educación, cariño, y de ejercicio del rol paterno- constituyen un hecho dañoso diverso, éstas son conexas a la omisión en reconocer al hijo y por tanto se tratará el efecto que pueden tener sobre el quantum de la indemnización.

En sentencia dictada por el TAF de 1er Turno No. 20/2016 (de fecha 17/02/2016) se descartó que el reconocimiento tácito o el trato conferido a la hija morigerara el daño causado por la omisión en reconocerla como tal. Se afirma que "*el pretendido "reconocimiento tácito" que invoca el demandado no subsana la falta de emplazamiento en el estado familiar –derecho fundamental vulnerado-, en tanto ello se produce el daño, porque como se ha expresado reiteradamente el derecho protegido es el poseer un estado de familia, un estado de hijo, el poder estar ubicado jurídicamente en una familia y poder usar el apellido que a ella corresponde"*.

Contrariamente se ha relevado un antecedente en la jurisprudencia argentina en el que se ha considerado como extremo morigerador del daño el trato de hija conferido de hecho a pesar de omitir el emplazamiento legal en tal calidad (en tal sentido S.T.J. de la Provincia de Corrientes, Expte. N° 1387/10, Sentencia N° 114, 21/10/2014, carátula: —R. M. en representación de su hija c/ O. I. G. s/ daños y perjuicios, conforme: Richeni, et al, 2016, p. 9).

Se concluye que debe apreciarse el conjunto de circunstancias a efectos de determinar el quantum del daño extrapatrimonial, incluyendo la conducta del progenitor hacia ese hijo no reconocido. El haberle conferido trato de hijo, sin emplazarlo en el estado civil correspondiente, demuestra una clara intención en evadirse de sus obligaciones como progenitor, incluso una actitud discriminatoria hacia este hijo al no conferirle el uso de su apellido, vulnera su derecho a la identidad y es claro que provoca un daño moral, entendido como daño emocional, a ese hijo. Todo lo cual debe entenderse como un elemento objetivo que permite aumentar la indemnización del daño moral causado al hijo.

f. Pietat familiae

Resulta pertinente detenerse en un argumento recurrente utilizado para disminuir el quantum de las indemnizaciones en materia de daños causados en el marco de las relaciones de familia, denominado la *pietat familiae*.

Cabe consignar que el denominado principio de inmunidad parental, fundado en tutelar la armonía doméstica, se ha debilitado en pos de la protección de los derechos personalísimos, resguardados incluso por normas internacionales (Bíscaro, 1999, p. 437).

Sin embargo, en posturas actuales persisten esbozos de este principio, o sus ramificaciones, tanto en jurisprudencia como en doctrina.

El punto es referido por la jurisprudencia nacional en sentencia No. 270/2007 dictada por el TAF de 2do Turno (de fecha 03/10/2007) en la que se afirmó que la invocación de los estándares jurisprudenciales para avaluar los daños debe analizarse a la luz de las particularidades de la materia de Familia.

En tal sentido, se ha relevado jurisprudencia argentina que sostuvo que la situación en la que quedarán emplazadas las partes *(hija y padre) "obliga a ser muy prudente en la fijación del monto indemnizatorio evitando que ello se convierta en un nuevo motivo de resentimiento (…) a fin de morigerar el monto de la indemnización a la que se condenó al progenitor"* (voto discorde de Dr. Alejandro Largacha Quiroga, en sentencia Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Tercera, 31/07/2007, "T., D. A. c. G., E. J. - Filiación extramatrimonial", L. de S. 2007 T. II F° 274/279.; conforme: Rugna, 2014, p. 5)

Sin embargo, Medina expresa que "*en el Derecho de Familia cobra especialísima relevancia que el daño se produce en el ámbito que, por naturaleza, está destinado a la protección y a la contención, que es la familia, por ello se nota mucho más su injusticia, y se puede caer en condenas que provoquen más daño que aquel que se ha querido reparar"* (Medina, 2002, p. 37).

Bíscaro, por su parte, sostiene que *"cuando se produce un daño de un miembro de la familia a otro, el hecho injusto demuestra que la armonía no existe, de allí que la negación de la reparación en estos casos actuaría como estimulante para su reiteración, acelerando probablemente el proceso de desintegración familiar"*

(1999, p. 436) consideraciones aplicables no solo a la procedencia de la indemnización sino también a la avaluación de su quantum.

En efecto, contrariamente al uso que se le ha dado a este principio, de lo expuesto se concluye que lejos de reducir el monto indemnizable en virtud de los daños que fueron causados en el marco de las relaciones de familia, este aspecto debería ponderarlo. Ello en virtud de que la conducta dañosa es desplegada por quien tenía la obligación de proteger a la víctima, por estar unido por un vínculo familiar y más aún por constituir una obligación de fuente legal como es el caso de los progenitores para con sus hijos.

g. Conducta del progenitor omiso

Un extremo a considerar al determinar el quantum del daño indemnizable es si la conducta del padre puede afectarlo. Anteriormente se ha hecho referencia a la necesidad de análisis de la misma, a efectos de determinar si medió conocimiento de la paternidad, pero en esta oportunidad se analizará si puede evaluarse como factor de agravamiento del daño y de aumento del quantum resarcitorio. Sin dejar de reconocer que puede constituir otros hechos ilícitos por el que podrá responsabilizarse al progenitor.

Se discrepa con quienes entienden que se estaría ingresando en el terreno de los daños punitivos de forma encubierta, como castigo por la sola repugnancia que causa el accionar del progenitor, sentido en el cual se ha pronunciado Vivanco (2017, p. 306 y 314).

En este sentido, se ha pronunciado la doctrina argentina argumentando que incide en la cuantificación del daño *"la actitud obstruccionista y maliciosa del progenitor durante el proceso de filiación"* cuando redunde en una demora injustificada del procedimiento (Fillia, 2020, p. 79).

Por su parte, Gregorini Cusellas afirma que el daño causado al hijo se agrava *"por la contumacia posterior al reclamo de filiación, la rebeldía a afrontar los gastos del embarazo y parto (daño material) y la imputación de conductas indecorosas no probadas, realizada en forma injuriosa para la madre accionante"*

(2007 B, p. 56). Se recuerda que estas conductas constituyen hipótesis dañosas diversa de la responsabilidad del progenitor por la omisión en reconocer a su hijo, resultando conexas a esta última, y como tal puede evaluarse como pauta objetiva para considerar el daño moral padecido por el hijo, por cuanto acrecienta el impacto del rechazo paterno en su psiquis.

En particular, en este sentido se relevan las hipótesis en que media dolo en el incumplimiento de la obligación de reconocer.

Sin soslayar que al hijo se le causan diversos perjuicios al lesionarse derechos que integran su esfera jurídica extrapatrimonial, se concluye que el daño psicológico del hijo causado por el rechazo paterno, dolor o padecimiento que le causa crecer sin la figura paterna, se incrementa con el peso del rechazo expreso e intencional de su progenitor. Por tanto, la conducta dolosa del progenitor que intencionalmente evade sus deberes inherentes a la paternidad incrementará este daño causado al hijo, siendo un parámetro objetivo de valoración.

En efecto, se causa un claro daño moral por la sola, lisa y llana, omisión del reconocimiento, pero evaluando casos como el ventilado en la jurisprudencia nacional en sentencia No. 174/2006 dictada por el Juzgado letrado de Salto de 1er Turno, y en el mismo caso Sentencia No. 270/2007 del TAF 2do Turno y Sentencia No. 912/2008 de la Suprema Corte de Justicia. Así es que se considera que medió una clara intención de dañar, es decir dolo directo en su conducta, pero además mediante su insistencia en negar la paternidad, el uso de términos agraviantes, oponerse reiteradamente en el proceso, las manifestaciones vertidas en su declaración de parte y en los respectivos escritos constituyen, no solo demostraciones de su actuar doloso sino que además agravan el daño moral padecido por la hija. Lo agravan porque lo acrecientan, acrecientan el dolor que obviamente sufre una hija al tener que soportar estos hechos de su padre.

VIII. PÉRDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD

En el presente apartado se analiza la pérdida de la chance en la hipótesis de incumplimiento de la obligación de reconocer por los progenitores.

Se trata en un apartado separado por cuanto esta ventaja o provecho puede encontrarse tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial del sujeto, la pérdida de la chance en puridad es catalogable de *"daño evento"* y por tanto, puede redundar en daño consecuencia tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial de la víctima.

Se califica como "*pérdida de una chance"* el daño constituido por la privación de la probabilidad de obtener un beneficio o ventaja o de evitar un perjuicio cuya concreción es aún incierta al momento de hecho dañoso. Lo que no implica la ausencia de certeza en el daño, para que se entienda configurado este daño debe mediar certidumbre sobre la existencia de la chance u oportunidad de que se ve privada la víctima, pero no hay certeza de la obtención del resultado final, aún cuando el evento dañoso no se hubiera producido (Mariño, 2022 B, p. 574).

Sosa Aguirre lo define como *"la pérdida de la probabilidad"* , es decir que el daño que se configura cuando se priva a la víctima de una probabilidad de conseguir una ganancia o de evitar una perjuicio (2012, p. 439).

La pérdida de chance se configura en el supuesto que exista una lesión a un interés que determine la eliminación de una probabilidad de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio (Mariño, 2018b, p. 58).

Mariño indica como requisitos para la configuración de la pérdida de chance: la existencia de una oportunidad futura de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio; que esta oportunidad tenga una probabilidad razonable de producción efectiva; que el resultado de la concreción de la oportunidad sea incierto al momento de suceder el hecho dañante; que a causa de este hecho la oportunidad se frustre en forma definitiva; y por último que la víctima esté situada en una situación idónea para pretender o aspirar a la obtención de las ventajas que le hubiere conferido la oportunidad frustrada (Mariño, 2018b, p. 59).

Por último, se destaca que la procedencia de su indemnización, requiere la probabilidad objetiva y razonable de que el beneficio impedido por el incumplimiento se obtendría efectivamente (Mariño, 2018b, p. 59). La certeza en el daño se configura en la pérdida de la probabilidad de obtención o concreción del beneficio y por tanto constituye un daño indemnizable.

En materia de pérdida de chance -argumenta Ordoqui- se exige que exista una *"incertidumbre causal, estricta, irreversible e intrínseca (…) la pérdida de una oportunidad supone el menoscabo de un bien distinto del que representa la ventaja final. La oportunidad favorable de obtener un beneficio con la que contaba el perjudicado constituye un daño indemnizable autónomo"* (Ordoqui, 2023, p. 90).

Esta chance de la que se ve privado el damnificado, constituye una ventaja o provecho cuya privación que puede redundar en la causación de lucro cesante, daño emergente o incluso daño moral. Conforme destaca Sosa Aguirre, la pérdida de la chance no tiene naturaleza jurídica propia sino que asume *"los contornos y matices del detrimento patrimonial o extrapatrimonial"*. Agregando que la diferencia entre la pérdida de la chance y el lucro cesante, en rigor, es de grado de certidumbre del daño, en el porcentaje de posibilidades de cada uno (2012, p. 441).

Dado que lo frustrado es la posibilidad y no el beneficio concreto la indemnización se calcula sobre la base de una fracción aproximada de la ganancia esperada de haberse concretado la chance frustrada (Abimorad, 2016, p. 340).

Su avaluación dependerá no solo del valor dado al beneficio concreto esperado sino que también dependerá de las probabilidades que tenía el damnificado de obtención de ese beneficio. Nunca será equivalente al beneficio en su totalidad, por cuanto no es el provecho o beneficio en sí mismo considerado lo que se ha perdido sino la chance o posibilidad favorable de su obtención, exigiéndose siempre un grado de certeza de su realización futura. De tal forma que cuanto

mayor fueran las probabilidades de obtención de la chance más se acercará la indemnización al valor total del beneficio esperado.

Sosa Aguirre sostiene que para la determinación de la indemnización la regla de cálculo radica en determinar las probabilidades, es así que acorde a las posibilidades de satisfacción del interés es que se determina el porcentaje a indemnizar del monto que le correspondería al total de haberse concretado "la chance" que se ha visto frustrada por el hecho dañoso (2012, p. 443).

A efectos de determinar las probabilidades de satisfacción del interés debe indagarse sobre las probabilidades de producción para ello se aplica "*la regla de la prueba preponderante, prevalente o prevaleciente, considerándose acreditada la causalidad cuando la probabilidad de que el agente haya causado el daño es más alta que la probabilidad de que no"* (2012, p. 444). Más adelante el citado autor refiere a los extremos de la probabilidad causal entre los cuales se sitúa la pérdida de oportunidad, argumentando que cuando la pérdida es de una oportunidad genérica, no hay incertidumbre causal pues puede asegurarse que la conducta enjuiciada no causó el daño, fija la probabilidad en menos de un 15% y superando dicha cifra hasta un porcentaje que identifica en un 80%, entiende que media una pérdida de oportunidad específica, hay estrictamente una incertidumbre causal, y puede considerarse que se configura la pérdida de la chance, ante una oportunidad perdida, una chance seria y real. Si supera el 80% de probabilidad de obtención del beneficio perdido debe identificarse el daño con la privación de todo el beneficio directamente (2012, p. 445).

Ordoqui considera que en este tipo de daño la valoración probabilística resulta esencial a efectos de calificar la pérdida de una chance como daño resarcible. Deberá partirse de un razonamiento deductivo: tomando como base un respaldo fáctico de lo que normalmente ocurre o acontece en situaciones similares como fundamento para determinar la probabilidad de su ocurrencia (2023, p. 89).

Sobre la liquidación del daño provocado por la pérdida de chance, Sosa Aguirre afirma que *"la indemnización no puede consistir en el total de la ganancia esperada (perjuicio final o total), sino en una fracción de la misma y en segundo*

término la fracción del total que corresponde indemnizar se mide sobre el valor de la "chance" según el cálculo de probabilidades y las circunstancias particulares del caso" (2012, p. 446).

Concluye Sosa Aguirre que el daño resarcible consiste en la pérdida de una probabilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida, que asume los contornos de cualquier rubro del daño reparable y que habrá de cuantificarse en proporción probabilística a cada uno de ellos, por *"ser la pérdida de chance un daño cierto en grado de probabilidad"*, por constituir una oportunidad seria, real y de carácter específico (2012, p. 447).

En la hipótesis en estudio, el incumplimiento de la obligación legal causa la pérdida de esa ganancia o ventaja, o la posibilidad de evitar un perjuicio, cuya obtención era probable de seguirse el curso normal o esperable de los acontecimientos. Así se ha considerado por la doctrina y jurisprudencia que los privación de los alimentos -en sentido jurídico- debidos por el progenitor al hijo durante su minoría de edad redunda en un daño catalogable de pérdida de chance.

Rivero de Aranchet y Ramos Cabanellas refieren que no debe identificarse la omisión de servir alimentos con el daño material, porque los alimentos son distintos al menoscabo que pueda sufrir el hijo por no haberlos percibido, los alimentos tienen caracteres propios, un régimen específico (2012, p. 162).

En efecto, mediante la privación de los alimentos no se causa un menoscabo al patrimonio del hijo, sino al de su progenitora quien debe procurarle el sustento sin el aporte correspondiente al progenitor. En consecuencia el perjuicio causado al hijo puede identificarse como un daño extrapatrimonial de tener un mejor nivel de vida y puntualmente como pérdida de chance de obtener un beneficio, como el acceso a una mejor educación o alcanzar un determinado nivel educativo, lo que claramente dependerá de las circunstancias.

En sentido contrario, Medina afirma que las carencias materiales que le produjo la omisión paterna configuran daño material padecido por el hijo. Destaca los

casos en que el progenitor reconociente carezca de recursos económicos y el hijo padezca carencias materiales que se le hubieran evitado de haber cumplido el progenitor omiso con sus obligaciones de sustento (Medina, 2002b, p. 124).

Por otro lado, la citada autora califica a este daño como pérdida de chance, por cuanto no produce un menoscabo directo sobre el patrimonio del hijo. Por el contrario, el aporte paterno que le hubiese dado la "chance" cierta de lograr una mejor asistencia, "*una vida sujeta a menos restricciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos".* Aunque el otro progenitor, que asumió los cuidados, hubiere satisfecho las necesidades básicas del hijo, y no sufriere éste privaciones, procede la indemnización de este daño, porque "*nada tienen que ver los alimentos suministrados por uno de los padres con el daño sufrido por no haberlos recibido del otro, ya que por una lado la actitud antijurídica le priva de una chance cierta y por el otro paradójicamente el ´cumplimento del responsable libera al irresponsable´"* (2015 C, p. 14).

Ramos Cabanellas también califica a este daño como pérdida de una chance de haber disfrutado de una asistencia económica durante el período en que no fue reconocido por su padre. Concluye la citada autora que el daño patrimonial que puede reclamarse por el hijo *"consiste en la pérdida de la posibilidad de haber logrado una mejor situación económica"* debiendo acreditarse la posibilidad del padre para proveer a una situación económica más favorable de la que le fue conferida por su madre (2021, p. 663).

Sobre el punto, Ordoqui acompaña la postura que entiende a la privación de los alimentos dentro del daño material causado al hijo, argumentando que el daño causado al hijo radica, no en no haber sido educado o alimentado, sino por no haberlo hecho en mejores condiciones. Afirma que *"el hijo no puede reclamar por lo que ya percibió sino por lo que pudo recibir y tener mejor desarrollo social, o sea, el hijo lo que puede aducir es que perdió la chance de estar en una situación mejor"*. En definitiva, sostiene que el daño causado al hijo es una pérdida de chance, de una mejor vida, pasada – durante su niñez y hasta el emplazamiento- y futura – su vida adulta (Ordoqui, 2012, p. 427).

Sobre el punto, Rivero de Aranchet considera que el daño causado al hijo es de naturaleza patrimonial y para determinar su cuantía deben sumarse los gastos que implicó cubrir las necesidades del hijo desde que se configura la responsabilidad del progenitor y hasta sus 21 años conforme al art. 50 del CNA. Sobre esta línea concluye que si bien los daños estarán vinculados a lo que se gastó para efectivizar los derechos del hijo durante su minoría de edad, de haber adquirido el progenitor certeza del vínculo cuando el hijo ya alcanzó la mayoría de edad, no será indemnizable este daño (2008, p. 155). Acorde al análisis realizado en el marco del presente se entiende que, en tal caso, aún tomando en cuenta que no medió responsabilidad del progenitor omiso, habrá un enriquecimiento sin causa de su parte.

La citada autora estaca que *"es deber de ambos progenitores lograr la efectivización de esos derechos según sus posibilidades"* (2008, p. 154). Ésta última salvedad puede impactar en la avaluación del daño indemnizable, dado que la ley prevé el límite no solo de las necesidades del niño, sino de las posibilidades del progenitor, lo que debería ser considerado al momento de determinar la correspondiente indemnización, a pesar de poder resultar contrario al principio de indemnización integral del daño y al límite del enriquecimiento de la víctima.

Cierta parte de la doctrina intenta limitar las posibilidades de resarcimiento de este daño considerando que no es posible para el hijo reclamar como daño material los alimentos de los que fue privado por el no reconocimiento de su padre. Por entender que el único daño material indemnizable sería *"el consistente en no tener una vida más holgada parece ser una pérdida de chance, cuyo monto, en definitiva, obedece a la probabilidad de que el padre haya podido dar cierto bienestar económico al hijo"* (Vivanco, 2017, p. 308).

Se ha relevado un fallo de la jurisprudencia uruguaya que se pronuncia sobre el punto, en el cual se demandó por lucro cesante pero se consideró que se trataba de una pérdida de chance, habiéndose frustrado la probabilidad de un acceso a un mejor empleo de haber seguido la hija su vocación, estando probada a demás su capacidad, habilidad y empeño para los estudios, lo cual aumentaba las

posibilidades de una carrera exitosa si hubiera mediado el apoyo económico correspondiente a los alimentos omitidos (Jdo. Ldo. de 1era instancia de Salto de 1er T., sentencia No. 174/2006).

En el citado caso se contextualiza el daño tomando en cuenta la realidad uruguaya en que la centralización de la educación terciaria trae aparejados altos costos difíciles de solventar para quien carece de sustento familiar suficiente. En base a este fundamento, se entendió configurada una pérdida de chance de la hija al verse imposibilitada por motivos económicos de seguir una educación universitaria que hubiera podido solventar con la asistencia de su padre, quien los poseía. Para ello se reparó en las condiciones demostradas por la hija para el estudio (su empeño, talento y preferencia hacia determinadas materias) cuya vocación e intenciones resultaron frustradas por motivos económicos y finalmente la diferencia de ingresos que le permitiría alcanzar tal formación universitaria contrastándola con los ingresos efectivamente percibidos por los estudios y empleo que logró por sus propios medios, sin la asistencia de su padre (Sentencia No. 174/2006 del Jdo. Ldo. de Salto de 1er T.).

Se descarta que se produzca una duplicación de la indemnización por entender, a su vez, configurado el daño al proyecto de vida. Si bien se edifican sobre los mismos o similares hechos, las indemnizaciones refieren a daños diversos. Uno se trata de un daño extrapatrimonial causado por la frustración del proyecto de vida, el otro la pérdida de chance del beneficio de obtención de una educación terciaria. Asimismo, la forma de cálculo del quantum indemnizatorio será diversa.

En efecto, se ha identificado este daño derivado de la privación de percibir alimentos por el progenitor como la pérdida de chance de haber tenido una mejor formación educativa (Fillia, 2020, p. 74).

En similar sentido, ante un reclamo fundado en la ausencia de percepción de alimentos, la jurisprudencia argentina resolvió que correspondía fijar una indemnización en carácter de chance. Argumentando que *“si bien, gracias al esfuerzo materno, el niño ha tenido cubiertas sus necesidades mínimas, el aporte paterno le hubiese dado la "chance" cierta de lograr una mejor asistencia,*

una vida sujeta a menos restricciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos" (Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en autos SC Mendoza, Sala I, 28/05/2004, "F., A. por su hijo menor c. C., S.", LA LEY Gran Cuyo, 2004, 884; conforme: Rugna, 2014, p. 6)

De análoga forma se admitió la indemnización por la jurisprudencia argentina, incluyéndola dentro del daño material por entender que el aporte paterno le hubiese dado al hijo la *chance* cierta de lograr una mejor asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y una mayor posibilidad de desarrollo, sobre la base de que las necesidades mínimas han sido cubiertas por la madre y que el daño sufrido consiste en *"la pérdida de la posibilidad de haber tenido una vida con menos restricciones económicas"* (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 28/05/2004, citada por Rugna, 2014, p. 3).

Desde el punto de vista contrario, la jurisprudencia argentina ha cuestionado la configuración de este daño en la hipótesis de incumplimiento de reconocimiento. En tal sentido ha afirmado que *"el solo incumplimiento del deber alimentario — asistencia— al niño (…) no genera un daño material indemnizable, el que solo aparecería si se probara que por la falta del aporte alimentario paterno el menor sufrió privaciones, viéndose obligado a vivir en la pobreza con serias limitaciones económicas y sin acceso a una buena educación o salud". Tampoco "cabe la indemnización del daño material a título de ´chance´(...) sin expresar cuáles fueron las carencias específicas (pérdidas) sufridas y beneficios concretos (ganancias) no gozados, lo que se está haciendo es indemnizar una mera posibilidad o un daño conjetural o hipotético, en definitiva, no cierto" (*Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Segunda, 25/10/2005, "N. H. E. c. P. R. M., P. M. S. y S. LL. Vda. de P. - Filiación extramatrimonial - ordinario", L. de S. 2005 T. III F° 22/46; conforme: Rugna, 2014, p. 6).

Se discrepa con la calificación de este daño como patrimonial, ya que no se trata de una pérdida de la chance de mejora de fortuna, sino del menoscabo real que se le produce por crecer sin el aporte económico de ambos progenitores. Se entiende pertinente calificarlo como daño extrapatrimonial, porque no se ha

producido un menoscabo en el patrimonio del hijo por haber sido privado de vivir una vida más acomodada, sino un daño moral, provocado por las penurias económicas afrontadas siendo excluido de vivir una vida adecuada a las posibilidades económicas de sus progenitores y alcanzar el mejor desarrollo de sus capacidades y posibilidades.

Referente a la privación de percibir los alimentos se destaca el análisis efectuado por Minyersky quien afirma que el daño padecido por el hijo no será íntegramente reparado *"si no se incluye el resarcimiento por daño moral frente al incumplimiento del débito alimentario*", puesto que genera un *"daño moral objetivo, que sería el menoscabo o lesión que sufre la persona socialmente, y daño moral subjetivo, o sea las angustias y aflicciones que acarrea esta situación a quien la padece"* (2001, p. 1768).

A su vez, la pérdida de chance puede configurarse al verse privado de recibir una mejor educación, acceso a colegios privados, universidad, clases de idiomas que le hubieran conferido la chance de acceder a un mejor estilo de vida en su vida adulta. Se ha expresado sobre el punto que "*en la pérdida de chance, lo que se indemniza es la frustración de poder obtener ganancias en el futuro, por parte de un menor de edad, a raíz de la falta de reconocimiento espontáneo por parte del padre al incurrir en incumplimiento de una obligación legal"* para su procedencia se ha requerido la acreditación de *"la existencia de un perjuicio con un alto grado de probabilidades de convertirse en cierto"* (Richeni et al., 2016, p. 7).

A la luz de lo expuesto en el marco del presente análisis se considera que no reviste la calidad de daño patrimonial, siendo más ajustado categorizarlo como "pérdida de chance" por cuanto se carece de la certeza de si esa chance se hubiera o no efectivizado. Es decir, si el acceso a esas condiciones de vida se hubieran concretado y le hubieran permitido tener un mejor estilo de vida, específicamente acceso a mejores condiciones laborales en su vida adulta, esta posibilidad reviste la calidad de bien jurídico en sí mismo del que es titular el hijo, de lesionarse puede ocasionar diversos daños. Para ello, deberá evaluarse las posibilidades del progenitor y las condiciones a las que accedió el hijo, nivel de

estudios, posibilidad de acceso a estudios universitarios, entre otras características concretas de cada caso.

CAPÍTULO VIII

Causas de exclusión de la responsabilidad

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se analizan las diversas hipótesis que pueden conducir a la exclusión de la responsabilidad paterna por el incumplimiento de su obligación legal de reconocer a su hijo biológico.

Se realizará una breve presentación para pasar al análisis específico de los distintos supuestos que pueden presentarse.

Cabe descartar como eximentes o atenuantes de responsabilidad, tanto el reconocimiento tácito de la filiación como el cumplimiento de otros deberes, como el de asistencia moral o material al hijo no reconocido, conforme lo sostiene Legnani (2017, p. 8). Tales conductas no alteran de modo alguno la responsabilidad del progenitor por el incumplimiento de su obligación legal.

La principal causa de exclusión de la responsabilidad del progenitor se dará cuando medie de falta de legitimación pasiva por no ser el progenitor biológico, acreditado mediante prueba de ADN, lo que no reviste mayor complejidad y tampoco ha tenido recepción jurisprudencial o doctrinaria.

Sin embargo, otros aspectos revisten mayor complejidad e interés y por tanto se pasan a analizar en el presente capitulo. En primer lugar, se identifica la posibilidad de concurrencia de causa extraña no imputable que irrumpa en el nexo causal y genere el incumplimiento del progenitor.

Asimismo, tratándose de responsabilidad subjetiva se requiere la voluntariedad del incumplimiento, lo que requiere el conocimiento de su paternidad, por tanto el desconocimiento de la existencia del hijo o del vínculo biológico que los une impide la configuración del factor subjetivo de atribución y -como consecuencia- la configuración de la responsabilidad paterna.

II. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD DE LA CONDUCTA DEL PROGENITOR

En el presente apartado se analizan los diversos supuestos que excluyen la ilicitud de la conducta paterna en la hipótesis dañosa en estudio.

Se ha considerado que la conducta del progenitor omiso puede estar permitida por el ordenamiento jurídico y en tales casos no media responsabilidad atribuible al mismo, se califica como tal a *"la imposibilidad legal de reconocer al hijo",* configurando una causa que enerva la ilicitud del incumplimiento paterno que *"legitima el acto*", porque *"el ordenamiento jurídico lo autoriza y aprueba"* (Molina, 2012, p. 3). A continuación se realiza un análisis por separado.

3. Emplazamiento en calidad de hijo de otra persona – distinta del padre biológico

En el presente apartado se analiza la hipótesis en que el hijo se encuentre emplazado en el estado civil de hijo de otro hombre diverso al padre biológico.

Conforme ya se ha referido múltiples veces, puede darse el caso de que el hijo biológico se encuentre emplazado en el estado civil de hijo -matrimonial o extramatrimonial- de un tercero con quien no tiene vínculo biológico. Normalmente será la pareja o el esposo de la progenitora.

En el caso de que el hijo haya sido reconocido como hijo extramatrimonial de otro hombre, el progenitor biológico tiene legitimación activa para contestar tal estado civil. Sin embargo, cabe realizar una salvedad sobre esta postura, de estar el progenitor habilitado legalmente al reconocimiento, aunque esto implique por ejemplo iniciar la acción de desplazamiento de la filiación conferida a su hijo, no se configura una causa de justificación de su incumplimiento. Por cuanto no se encuentra imposibilitado de cumplir con su obligación legal, en definitiva se le requiere desplegar una conducta diligente tendiente a emplazar a su hijo en el estado civil que le corresponde, iniciando las acciones en forma simultánea.

En consecuencia, si carece de legitimación para impugnar la filiación podrá eximirse de responsabilidad porque no le será posible emplazar a su hijo biológico en el estado civil correspondiente. Ésta situación constituye un impedimento que enerva la antijuridicidad de su omisión y en consecuencia, su conducta ya no podrá calificarse de ilícita.

Así lo sostiene Rivero de Aranchet el art. 46 del CC dispone *"solamente el hijo puede accionar a los efectos de ser desinvestido de tal legitimidad"*, es una decisión legislativa, conforme lo argumenta la citada autora el codificador decidió *proteger "en primer lugar la estabilidad y la identidad familiar y social"* del hijo antes que su verdad biológica e identidad (2008, p. 147).

El ordenamiento jurídico uruguayo no requiere prueba alguna del vínculo biológico entre padre e hijo para proceder al emplazamiento mediante reconocimiento ante el oficial de Registro de Estado Civil o bien emplazamiento voluntario. Esto ha llevado a que muchas veces ante la ruptura del vínculo entre los progenitores y nueva unión de la progenitora con otra persona – sea matrimonial o concubinaria- se emplace al hijo de la mujer como hijo de su nueva pareja, con frecuencia a sabiendas de la inexistencia del vínculo biológico.

Con arreglo a la nueva redacción dada por el art. 28 del CNA al art. 227 del CC, puede accionarse para contestar la filiación, pero los arts. 220 y 219 del CC limitan la legitimación activa. En caso de que el hijo ostente la posesión de estado, se le confiere legitimación activa hasta que alcance los 23 años (5 años a partir de su mayoría de edad) y le está vedada a otros interesados. En consecuencia ninguno de sus padres, ya sea el progenitor biológico, como la madre y su pareja -que lo ha reconocido-, carecen de legitimación para contestarla.

En efecto, en caso de ostentar la posesión de hijo legítimo, tenga o no dicho título, el art. 219 del CC le acuerda legitimación únicamente al hijo para impugnar ese estado civil. El referido artículo prevé que solo podrá el hijo *"impugnar la presunción de existencia de relación filiatoria durante su minoría de edad"* mediante curador "ad litem" o una vez alcanzada la mayoría de edad podrá

hacerlo *“dentro del plazo de cinco años”*. Se advierte que esta limitación temporal no afecta su legitimación para iniciar una acción declarativa a los solos efectos de conocer su ascendencia biológica conforme lo prevé el comentado art. 219 CC en su inciso 3ero. En definitiva, en los casos en que el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo legítimo o matrimonial, solo a él se le confiere legitimación para desplazar su filiación y no le será posible al padre biológico impugnar la presunción de relación filiatoria de su hijo biológico con el cónyuge de la madre, quedando entonces excluido de la legitimación para accionar desplazando su estado civil para cumplir con su obligación y emplazarlo como su hijo natural. Como corolario de esta previsión, por imperio legal, el progenitor se ve imposibilitado de impugnar el estado civil de hijo matrimonial lo que es necesario para dar cumplimiento a su obligación legal.

Sobre el punto, cabe realizar dos aclaraciones. En primer lugar, que la norma no considera de modo alguno el momento en que se toma conocimiento de la discrepancia entre el estado civil y el vínculo biológico, es decir, al ordenamiento jurídico le resulta indiferente cuando se toma conocimiento por el hijo o por los progenitores de la ausencia de vínculo biológico. El único caso de imprescriptibilidad previsto en el del hijo que no ostenta la posesión de estado de hijo legítimo, y aún en ese caso, sólo él tiene legitimación para iniciar la acción y se excluye a cualquier otro interesado.

En segundo lugar, se señala que para entender que el hijo ostenta la posesión de estado civil de hijo matrimonial, no se requiere un plazo determinado por disposición expresa del art. 220 inc. 2 del CC que remite al plazo previsto en el art. 47 del CC.

Por otro lado, en caso de que posea el título de hijo legítimo o matrimonial de otra persona, pero no se encuentre en posesión de estado, el art. 220 del CC le confiere legitimación para iniciar la acción de desconocimiento de la relación filiatoria tanto al hijo como a cualquiera de los progenitores biológicos hasta la mayoría de edad de aquél. Una vez alcanzada la mayoría de edad solo se le confiere legitimación al hijo y hasta 5 años después de su mayoría de edad, pasados este plazo ya no sería posible iniciar la referida acción, ni siquiera para

el hijo. También es indiferente para la disposición legal el momento en que se toma conocimiento del vínculo biológico o bien la ausencia de vínculo con el padre reconociente.

Rivero de Aranchet considera que, incluso en caso de que el hijo no ostentare tal posesión de estado, no media responsabilidad del progenitor biológico que no acciona impugnando la filiación para poder posteriormente reconocerlo "*pues la conducta omisiva evita un daño moral al hijo"* porque el progenitor biológico da *"cumplimiento a una norma legal"* pero al mismo tiempo lo sustrae *"de su identidad social",* incluso cuestiona la posibilidad de incurrir en responsabilidad por dar al hijo el estado civil acorde a su realidad biológica (2008, p. 149).

Sin embargo, no puede entenderse que exista responsabilidad por una conducta desplegada en cumplimiento de su obligación legal, constitucional y supra legal de reconocer a su hijo. Tampoco puede sostenerse que se le cause un daño moral al hijo por emplazarlo en el estado civil que le corresponde acorde a la realidad de hecho y respetando su derecho a la identidad. Por el contrario, el citado razonamiento parece estar fundado en la extensa discriminación que aún permanece en el ordenamiento jurídico uruguayo y en los operadores contra quienes revisten la calidad de hijos extramatrimoniales.

Cabe cuestionar la constitucionalidad y convencionalidad de estas disposiciones, en virtud de contrastar con las previsiones constitucionales y supranacionales que reconocen los derechos que vulnera la omisión paterna, la que ya se analizó de forma exhaustiva; y si debe requerírsele al progenitor que obtenga su declaración de inconstitucionalidad a los efectos de lograr la impugnación del estado civil de su hijo, que no condice con la realidad biológica.

En oportunidad de pronunciarse sobre el punto, la jurisprudencia argentina entendió que *"la responsabilidad debe juzgarse conforme la ley vigente al momento del hecho (art. 7 del CC y CN) y que exigirle al padre biológico que en el régimen derogado plantee la inconstitucionalidad de la norma del art. 259 CC, importa exigirle un "plus" de diligencia que supera la conducta debida".* En dicho fallo el Tribunal admitió el pedido de declaración de la paternidad biológica y

rechazó la indemnización por daños, en virtud de que el padre biológico no se encuentra entre los legitimados para ejercer la acción de impugnación de la paternidad. Por último, aclara que la mera alegación de pretender la inconstitucionalidad del art. 259 del Cód. Civil trae consigo defectos formales insuperables (Sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Azul; en autos P. y F., S. S. E c. R. de G., N. LLBA 2005 (agosto), 767 conforme: Blanchard, 2016 B, p. 1).

También fue considerado por la jurisprudencia argentina que la omisión de reconocimiento *" no es antijurídica, porque medió una causal de justificación de la ilicitud de esa omisión, al impedir el régimen legal vigente (declarado constitucional, en caso análogo aunque no idéntico, por la Corte Nacional) el ejercicio de su obligación de conferirle a su hijo la identidad biológica (arts. 243, 245, 250, 258, 259, Cód. Civil)"* En el citado fallo se concluye *"el no reconocimiento resulta, en su materialidad antijurídica (arts. 1066, 1109, 3296 bis Cód. Civil) justificado por una norma legal (art. 259, Cód. Civil) que excluye su ilicitud (arts. 1067, 1078 Cód. Civil)"* (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 31/05/2005, "P. y F., S. S. E c. R. de G., N. N.", LLBA 2005 (agosto), 767, conforme: Rugna, 2014, p. 6).

Medina, Serna y Guevara se plantean la misma interrogante de si pesa sobre el padre biológico la carga de plantear la inconstitucionalidad de la norma que limita su legitimación para impugnar el estado civil de su hijo. Plantean que *"el hecho antijurídico es la falta de reconocimiento y que no es antijurídico no plantear la inconstitucionalidad de la norma legal que se lo veda máxime cuando la constitucionalidad ha sido reconocida por la propia C.S.J.N. y por la mayoría de la doctrina nacional"* (2005, p. 7).

Al respecto las citadas autoras plantean que al operar la falta de legitimación del padre biológico para impugnar la filiación legítima de su hijo media "*una causa de justificación, en donde el padre biológico no se encontró legalmente habilitado para formular la impugnación que establece el art. 259 del Cód. Civil, facultad esta que legitima únicamente al marido de la madre y a la hija"* (Medina, Serna y Guevara, 2005, p. 6). Concluyen: *"no se puede condenar al padre biológico a*

indemnizar este daño porque no estaba en sus manos evitar el daño, puesto que existía con anterioridad una filiación extramatrimonial acreditada que no podía ser impugnada por aquél." Por tanto, no hay antijuridicidad en la conducta del progenitor y en consecuencia no se le podrá endilgar responsabilidad al padre ni indemnización al hijo.

Puede considerarse que la norma contenida en el art. 219 del CC uruguayo que limita la legitimación para contestar la filiación, confiriéndosela únicamente al hijo, no resulta acorde a las normas constitucionales, ni supra legales. En efecto, realizando un control de constitucionalidad y convencionalidad de la referida norma, ésta contraría los derechos inherentes a la personalidad humana que se encuentran reconocidos en dicha normativa -ya referida- que prevén el derecho a la identidad como un derecho inherente a la persona humana. Este derecho humano se estaría vulnerado en pos de la tutela a la unidad de la familia legítima, y considerando preferible un estado civil de hijo matrimonial antes que el correspondiente acorde a la realidad bilógica del hijo. Siendo el único fundamento posible para la disposición referida la discriminación que aún pesa sobre la filiación extramatrimonial.

4. Prohibición legal de reconocer a los hijos habidos fuera del matrimonio

La causa más relevantes que enerva el elemento ilicitud es la prohibición que regía en el Derecho uruguayo hasta la vigencia del CNA (el 17 de setiembre de 2004) por previsión expresa del art. 227 del CC en redacción hoy modificada. Este artículo en su inciso 3ero disponía que los hijos habidos fuera del matrimonio de alguno de sus padres no podían ser reconocidos hasta la disolución del matrimonio. Esta previsión legal ha sido reiteradamente considerada como una causa que enerva la ilicitud de la conducta del progenitor.

Legnani afirma que en vigencia de la prohibición legal de reconocer hijos extramatrimoniales por personas casadas debe considerarse al progenitor casado como exento de responsabilidad(2017, p. 8).

Howard también refiere a que no procede la responsabilidad del progenitor que se encontraba en alguna de las hipótesis obstativas que el Código Civil preveía para el reconocimiento (2016, p. 180).

Por su parte, en la sentencia 20/2016 del TAF 1º (de fecha 17/02/2016) se excluye la responsabilidad de progenitor por reputar su conducta como justificada, por encontrarse unido en matrimonio. En este sentido se sostiene que "*el demandado hasta septiembre de 2004 tenía la eximente de su responsabilidad porque existía la prohibición del reconocimiento de hijos naturales por personas casadas (art. 227 CC inc. 3o CC) por lo que si bien el acto de no reconocimiento voluntario resultaba materialmente antijurídico, al encontrarse justificada por una norma legal su ilicitud, no generaba un daño resarcible"*.

En el citado caso el tribunal refiere a una causa que enerva la ilicitud material que tiñe la omisión del reconocimiento, ya que si bien pesaba sobre el progenitor la obligación legal de reconocimiento incumplida, existía un impedimento legal que le impedía su cumplimiento, lo que conlleva la exoneración de responsabilidad por el período que va desde el nacimiento del hijo hasta la entrada en vigencia del CNA (el 17/9/2004) que habilita el reconocimiento de hijos extramatrimoniales cualquiera sea el estado civil de sus progenitores.

Se destaca que en el referido fallo se considera que la entrada en vigencia del CNA (17/09/2004) hace cesar la justificación que relevaba de responsabilidad al progenitor, y en consecuencia, a partir de dicho momento es procedente la responsabilidad por el daño causado al mantener el incumplimiento una vez que la modificación normativa elimina el obstáculo.

Similares consideraciones a las realizadas anteriormente sobre las limitantes a la legitimación paterna para impugnar el estado civil de su hijo, pueden realizarse sobre esta previsión legal.

5. Consecuencias de las causas de justificación

Sobre las causas que excluyen la antijuridicidad de las conductas de los progenitores, a pesar de causar un daño indemnizable a sus hijos, debe cuestionarse quién debe soportar el daño causado por las inconductas de los progenitores al concebir a un niño cuyo reconocimiento no permite la ley. Resulta incuestionable que el daño a la identidad y tantos otros derechos e intereses del hijo han sido causados, pero resulta injusto que la víctima quien no tuvo participación alguna en los hechos sea quien soporte el daño.

Mosset Iturraspe refiere a dos tipos de causas de justificación, aquellas en las que su licitud radica en la ausencia de interés sobre el bien jurídico lesionado o puesto en peligro, y aquellas que basan su licitud en la primacía de un interés sobre otro con el cual entran en conflicto (conforme: Gesualdi, 1997, p. 148).

En la especie, es claro que la norma prevista en el art. 227 del CC (hoy derogada), constituye una causa que enerva la ilicitud de la conducta en cuanto prohibía a los progenitores casados reconocer hijos habidos fuera del matrimonio. Así también lo es la limitante prevista en el art. 219 del CC (aún vigente) en cuanto impide la impugnación del estado civil de hijo legítimo a los efectos del posterior emplazamiento. Ambas normas optan por tutelar el bien jurídico *"familia legítima"* por sobre los derechos del hijo extramatrimonial o natural a conocer su identidad y a ostentar el estado civil que biológicamente le corresponde.

Gesualdi afirma que ante un daño causado por una conducta justificada, lo que sucede es que se modifica la perspectiva jurídica del problema, con el objeto de satisfacer un interés general (evitar un mal mayor) y un interés privado (reparación del perjuicio sufrido), pero no se desdobla la unidad lógica entre el acto y su resultado. La indemnización no es producto de la reprobación del acto, sino de la equidad que se intenta subsanar sus consecuencias(1997, p. 151).

Sin embargo, tal como lo considera Rivero de Aranchet no se requiere el emplazamiento en el estado civil de hijo extramatrimonial para el nacimiento de

las obligaciones constitucionales de cuidado y educación conforme a lo previsto por el art. 41 de la Constitución nacional, por cuanto se trata de otra obligación diversa y que no depende del reconocimiento y por tanto no se encuentra justificado por las referidas limitantes normativas.

La citada autora completa esta postura con una interpretación sistemática, trayendo a colación las disposiciones del art. 16 CNA que prevé el deber de los padres de mantener y educar a sus hijos – sin requisito ni limitación alguna- y por otro lado el art. 24 del CNA prevé que todo niño y adolescente tiene el derecho hasta la mayoría de edad de recibir de sus padres y responsables la protección y cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral, quienes tienen la correspondiente obligación de proporcionarlos. Igual consideración cabe realizar cuando la omisión paterna resulte legitimada por la previsión del art. 219 del CC. (Rivero de Aranchet, 2008, p. 154)

Una posibilidad de reparación -al menos parcial- será la de reclamar la indemnización sobre la base del enriquecimiento sin causa del progenitor omiso. Porque aun mediando una causa que enerve la ilicitud de la conducta dañosa – incumplimiento de la obligación de reconocimiento- media un enriquecimiento sin causa del progenitor omiso, en tanto se ve eximido de la manutención del hijo durante toda su menor edad. Como se expuso ut supra los deberes de los padres para con sus hijos no dependen de su emplazamiento, sino que basta con ostentar el vínculo biológico. Entonces, al estar imposibilitado el emplazamiento, ya sea por aplicación de la limitante prevista en el art. 227 CC (hoy derogado) o en el art. 219 del CC, el progenitor logra evadir una responsabilidad que pesa sobre sí. Dada la imposibilidad de lograr el emplazamiento correspondiente el hijo se verá privado de percibir alimentos, por cuanto constituye un extremo requerido por las normas legales para la procedencia de la acción de alimentos.

En dichas situaciones la conducta del progenitor está permitida expresamente por el ordenamiento, tan es así que prevé una norma específica a los efectos de impedir el cumplimiento de la obligación legal. Sin embargo el ordenamiento jurídico también prevé en casos excepcionales la responsabilidad civil por actos lícitos o bien compensación de un perjuicio. En consecuencia la conducta será

lícita, en cuanto permitida por el ordenamiento jurídico, pero como conducta que causa daños se le acuerda reparación a la víctima (Mariño, 2021 B, pp. 861 y 862).

Esta conducta resulta perfectamente encuadrada en las previsiones del art. 1308 del CC el cual prevé el cuasi contrato de enriquecimiento sin causa. Es así que, en primer lugar y a diferencia de lo previsto en el 1319 del CC, el cuasi contrato en cuestión requiere que la conducta que da origen al enriquecimiento sea lícita, que la misma cause un daño en beneficio de otro, teniendo como resultado el nacimiento de la obligación -ya no de indemnizar - sino de devolver la suma o cosa que ha obtenido en su provecho.

Para Ramírez el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad por daños resultan semejantes, por cuanto en el enriquecimiento injusto también hay un daño y una manera de reparar ese daño, ambos son criterios generales básicos de recomposición de la justicia (2009, pp. 730 y 734)

Se destaca que si bien los hechos que dieron lugar al enriquecimiento sin causa se enmarcan dentro del derecho de familia, ello no es óbice para la aplicación de la norma contenida en el art. 1308 del CC. En la hipótesis en estudio se trata de un hecho lícito -por cuanto está permitido por el ordenamiento jurídico- que provoca el enriquecimiento de una persona y el empobrecimiento de otra, existiendo un claro nexo de relación causal o correlación entre estos dos extremos, mientras que no existe una causa que justifique dicho desplazamiento patrimonial.

También podrá considerarse que existió enriquecimiento sin causa cuando por haber tomado conocimiento de su paternidad en forma muy posterior al nacimiento del hijo se hubiere ahorrado el aporte de alimentos a su manutención. En tal caso, no le será imputable responsabilidad por ello, pero lo cierto es que el ahorro de gastos que le correspondían existió, así como el correlativo empobrecimiento del hijo.

Como lo explica Ramírez que en el enriquecimiento injusto no se exige culpa del enriquecido *"pues la ratio es absolutamente objetiva y no implica un juicio de reprochabilidad de una conducta"*, simplemente se está al resultado patrimonial como injusto, no se le recrimina la conducta al enriquecido ya que la alteración puede haber ocurrido incluso por circunstancias causalmente ajenas y extrañas al enriquecido (2009, p. 736).

Por tanto, conforme concluye el citado autor, el caso del enriquecimiento injusto constituye un verdadero caso de responsabilidad objetiva, sin ningún tipo de culpabilización al agente. En consecuencia, como no se requiere que medie factor subjetivo de atribución para la procedencia del enriquecimiento sin causa, entonces cuando no medie culpa o dolo del progenitor, podrá reclamarse por el enriquecimiento, aunque la ignorancia de la existencia del embarazo y su paternidad enerve el factor de atribución entre su actuar omiso y el daño.

En ambos institutos, la responsabilidad civil y el enriquecimiento injusto, se exige que se haya generado una situación injusta o contra derecho (Ramírez, 2009, p. 736). Ambos resultan una consecuencia de la aplicación del principio del neminem laedere, y por tanto la causación de un perjuicio es requisito de procedibilidad en ambos. Mientras que en la responsabilidad civil la medida será la del menoscabo padecido por la víctima del daño, en el cuasi contrato de enriquecimiento sin causa la medida será la del enriquecimiento o ahorro generado en el patrimonio del enriquecido. Ello repercute en la cuantificación del daño, que en el caso del enriquecimiento injusto, la acción -si bien es de naturaleza indemnizatoria y de carácter objetivo- tiene como límite infranqueable el monto del enriquecimiento. En suma, la medida de la obligación rectificante es exclusivamente la restitución del lucro, aunque el daño sea superior, en estos casos ese lucro sería el ahorro que aventaja al progenitor incumplidor.

En cuanto al nexo causal, sostiene Ramírez que, la determinación de si un enriquecimiento fue sin causa, contrario a derecho o injusto, debe pasar por similares determinaciones que las que se realizan en aplicación del art. 1321 del CC a la responsabilidad extracontractual del abuso de derecho en general (2009, p. 737).

Cabe preguntarse en este supuesto: ¿Quién sería el legitimado para reclamar el enriquecimiento, la progenitora por haber sustentado al hijo ella sola sin el aporte paterno? ¿O el hijo por no haber gozado del mejor estilo de vida que el aporte paterno le hubiera significado?

El sujeto pasivo de este enriquecimiento sin causa pareciera serlo la progenitora reconociente, quien se ve privada de reclamar alimentos por no poder emplazar en el estado civil de progenitor de su hijo, por aplicación del precepto legal contenido en el art. 227 del CC (hoy derogado). Como consecuencia de la omisión paterna, se vio obligada a asumir los costos de manutención del hijo por sí sola con el correspondiente ahorro que le trae aparejado al progenitor. No así el hijo, quien si bien es el titular del derecho a percibir los alimentos y es quien se ve privado de ellos por esta imposibilidad de emplazamiento, no es quien ha resultado empobrecido por verse privado del reclamo de alimentos, ya que no es con su patrimonio que se sustenta, sino con el de su progenitora. El daño que pudiera reclamarle al progenitor en este caso sería moral, por verse privado de acceder a un estilo de vida superior –en caso de que su padre posea mayores ingresos que el de su madre- el cual no sería indemnizable recurriendo a esta figura. Por cuanto, como se dijo no busca indemnizar el daño causado, a diferencia de la acción fundada en el art. 1319, sino que debe tener correlación con el empobrecimiento o menoscabo patrimonial y el ahorro o enriquecimiento que logra el progenitor omiso.

III. CAUSA EXTRAÑA NO IMPUTABLE

En el presente apartado se analiza como posibilidad de exoneración de responsabilidad del progenitor por la configuración de la causa extraña no imputable, que –por enmarcarse en la responsabilidad obligacional- provoca el incumplimiento de la obligación legal impuesta al progenitor.

Gamarra indica que en materia de responsabilidad obligacional habrá un tipo de incumplimiento imputable mientras que otro podrá ser considerado no imputable al deudor. Así lo establece el art. 1342 del CC, que exonera de responsabilidad al deudor cuando el incumplimiento *“proviene de causa extraña que no le es*

imputable" referido a la imputabilidad material o física, es la relación que media entre el sujeto y el hecho, entre el acto y su autor material, es la imputabilidad del incumplimiento (1997, p. 9 y 10).

Alterini refiere que el efecto principal del caso fortuito en materia contractual exime al deudor, tanto de la ejecución de la obligación como de la responsabilidad por daños e intereses por la inejecución (2018, el caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual, nal 4. párr. 1 y 3).

Para su configuración como eximente de responsabilidad, acorde a lo referido por Gamarra se exige la exterioridad del casus -con respecto al sujeto- que constituye la causa del incumplimiento, la irresistibilidad e imprevisibilidad del mismo (1994, p. 358).

Para que el caso fortuito exonere de responsabilidad se requiere su ajenidad al deudor, es decir, que el evento que impide el cumplimiento de la obligación no dependa del deudor, no haya participado en él, ni haya incidido con su conducta en el mismo (Gamarra, 1997, p. 12).

También Mariño refiere a los requisitos para la configuración del caso fortuito destacando que en materia de responsabilidad contractual se caracteriza al caso fortuito como exterior al ámbito de control del sujeto, imprevisible e irresistible y que provoca la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, trayendo aparejada la exoneración de responsabilidad del deudor por el incumplimiento (2018b, p. 624).

En la misma línea, Gamarra indica que el deudor se exonera de responsabilidad porque el incumplimiento proviene de una causa extraña que no le es imputable, es decir, que él no ha dado causa al incumplimiento y por ello no es responsable (1997, p. 11).

En efecto, la ocurrencia del casus afecta a la autoría del incumplimiento en la medida que el mismo es provocado por el caso fortuito y no por el obligado, es por ello que se requiere exterioridad o ajenidad con respecto al deudor para entenderlo configurado (Mosset Iturraspe, 1997 B p. 124).

En cuanto a la imprevisibilidad, implica que no ha sido posible prever el *casus* porque, en tanto imprevisible, no existiría razón para considerar que ha de suceder (Mariño, 2018b, pp. 625 y 626). El caso fortuito resulta un hecho extraordinario, fuera del acontecer habitual y por tanto impredecible.

Con respecto a la irresistibilidad, se configura cuando no es posible resistir el acaecimiento del caso fortuito, aun cuando hubiere sido efectivamente previsto. Para provocar la exoneración de responsabilidad, el casus debe ser un obstáculo inevitable e insuperable para el obligado, resultando imposible impedir su acaecimiento, interrumpiendo de esta forma la relación de atribución con el sujeto (Mariño, 2018b, p. 626).

La irresistibilidad es reputada la característica de mayor relevancia del caso fortuito, incluso llegando a considerarse que absorbe a la imprevisibilidad, en tanto si pudo resistirse, aun cuando fuera imprevisible, no se configura la eximente. En consecuencia, lo decisivo para la configuración del caso fortuito es la irresistibilidad o inevitabilidad del impedimento. De esta forma la imposibilidad de dar cumplimiento a la obligación es ocasionada por este evento que se reputa caso fortuito y no por la conducta del agente (Mariño, 2018b, p. 628).

Gamarra expresa para que medie exoneración en virtud de la concurrencia de la causa extraña ésta debe ser imprevisible e irresistible, de lo contrario la obligación podría cumplirse, si el deudor podía evitar o prever su ocurrencia, no hay imposibilidad y debe ser considerado responsable (1997, pp. 75). Señala que la diligencia también se relaciona con la imposibilidad de cumplimiento, por cuanto *“dentro de la imputabilidad también figura la actividad diligente que todo obligado debe observar para impedir que llegue a producirse el impedimento (art. 1344)”* relacionándose también con el aspecto previsibilidad en concreto del obstáculo (Gamarra, 1997, 327).

Sin embargo, cabe destacar que se ha abandonado la concepción absoluta de imposibilidad, sustituyéndose la postura más rígida por una que permite un cierto margen de apreciación al juzgador. Se privilegia el carácter variable de la noción de fuerza mayor, en cuanto a los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad

de la causa extraña, y se adapta la imposibilidad a cada tipo de obligación concreta; en virtud de las particularidades de cada obligado (Gamarra, 1997, p.138).

Como consecuencia, aun siendo posible el cumplimiento de la obligación en determinadas circunstancias, puede exonerarse al deudor de responsabilidad porque en el caso concreto salvar el obstáculo, que configura el casus, requiere de medios o actividades no compatibles con el tipo de obligación contraída o el tipo de deudor.

Así también lo plantea Alterini quien caracteriza al caso fortuito como el *"acontecimiento que se ha opuesto a la diligencia del deudor y que no habría podido ser evitado o superado sino con medios superiores a los que el contrato le imponía poner en juego"* (2018, El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual, nal 8 párr. 3).

Esta relativización explicitada por Gamarra resulta de especial interés para el objeto del presente estudio. Trasladando las citadas afirmaciones al tema en concreto, cabe considerar que determinados obstáculos pueden constituir un caso fortuito para ciertos progenitores, mientras que para otros serán salvables, ya que lo que es posible para personas con un cierto nivel de recursos económicos, no siempre será posible para una progenitor de escasos recursos, ya sean económicos como socio culturales. La circunstancias quedarán sujetas a la eventual valoración del Juez acorde a las características del caso concreto.

A continuación se analizan las posibles formas que puede adoptar la causa extraña o caso fortuito, puntualmente en el en el tema objeto del presente estudio. A estos efectos se incluyen referencias al caso fortuito en sentido estricto, al hecho de la víctima y el hecho del tercero. En cuanto a la víctima, sin duda alguna será el hijo no reconocido, mientras que podrán ser identificados como terceros la progenitora y eventualmente el marido o pareja de la misma que emplaza al hijo como suyo, ya sea a sabiendas o desconociendo que no posee vínculo biológico.

1. Caso fortuito

En primer lugar, se destaca que en la hipótesis en estudio, por carecer la obligación de plazo límite para su cumplimiento debe considerarse que el caso fortuito exonera de responsabilidad, pero únicamente mientras dure el obstáculo que significa para el cumplimiento de la obligación.

En este sentido, puede concebirse configurado el hecho de la naturaleza cuando éste le impida al progenitor cumplir con su obligación. A modo de ejemplo, un quebranto de salud que revista tal gravedad que le impida efectuar el reconocimiento de su hijo a pesar de contar con la voluntad de realizarlo, o bien no cuente con conciencia para realizar un reconocimiento válido, por estar privado de discernimiento para realizar el reconocimiento o para adquirir conocimiento de su paternidad.

En estos casos, no podrá serle imputada responsabilidad durante el lapso que durare este impedimento y el daño causado al hijo no le será imputable. En el caso de pérdida de capacidad fuera temporal, el daño sería imputable si una vez recobrada o adquirida la capacidad persistiere en su incumplimiento y no ejecutare el reconocimiento del hijo conforme a la obligación legal, pero sólo a partir de su recuperación.

Estos supuestos son catalogables como caso fortuito en tanto hecho de la naturaleza humana, que causa el incumplimiento, no siendo imputable al obligado, salvo que haya podido prevenir o evitar el casus (Mosset Iturraspe, 1997 B, p. 125 y 129).

Parte de la doctrina argentina, se pronuncia en base a otro posible caso fortuito, afirmando que se habrá configurado cuando el progenitor *“se encuentre imposibilitado del reconocimiento en razón de la distancia”* por encontrarse fuera del país e imposibilitado de desplazarse (Richeni, et al. 2016, p. 6).

Para concluir, acotando el análisis al tema del presente estudio, se consigna que no se destacan particularidades en la configuración del caso fortuito, siendo admitida su procedencia de cumplirse con los requisitos antes expuestos.

2. Hecho de la víctima

El hecho de la víctima se considera configurado cuando la conducta de la víctima es lo que provoca el incumplimiento de la obligación que da lugar al daño.

En materia de responsabilidad obligacional, en la cual se enmarca el presente estudio, el hecho de la víctima encuentra previsión expresa en el art. 1342 del CC como causa extraña no imputable al deudor. En este supuesto la conducta de la víctima es lo que da lugar al incumplimiento, interrumpe la relación de atribución del incumplimiento, no influye en la relación de causalidad a diferencia de lo que sucede en materia de responsabilidad aquiliana.

En cuanto a su configuración, Gamarra identifica como único requisito exigible –luego de determinar su participación causal con el daño- que éste no sea provocado por el ofensor. El citado autor sostiene este requisito se extrae de la aplicación del principio general respecto de la causa extraña, de que ésta no le sea imputable al ofensor (art. 1342 del CC) y del caso fortuito al que no haya dado causa el ofensor (art. 1322 y 1343 nal 2 del CC) (Gamarra, 1994, p. 336).

Por otro lado, cabe detenerse en el requisito de que el hecho de la víctima sea reputado culposo. Gamarra considera que no se requiere que el actuar de la víctima sea culposo en el sentido de culpa jurídica, por cuanto no tiene el deber de actuar con diligencia a fin de no dañarse a sí mismo, es suficiente con probar que el ofensor no es autor del daño para eximirlo de responsabilidad (1994, p. 337- 338).

Mariño se pronuncia en el mismo sentido y explica que esta identificación del hecho de la víctima como “culpa” de la víctima constituye un resabio del paradigma de la responsabilidad civil por culpa. No se trata de un hecho desplegado con culpa, sino de la producción de la víctima de un hecho que causa, total o parcialmente el daño que ella misma padece (2018b, p. 623).

En cuanto a los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho de la víctima, su recepción es discutida. Gamarra considera que no hay ningún deber de prever la negligencia ajena y anticiparse a sus efectos para evitarlos; pero en

doctrina se han requerido por considerar que, de mediar un hecho de la víctima previsible e irresistible, necesariamente se configura una hipótesis de cocausación. Como consecuencia, para exonerarse completamente de responsabilidad el obligado habría de probar que la conducta de la víctima es la única causa del incumplimiento, y para lo cual necesariamente deberá acreditar que su conducta le fue imprevisible y que no pudo evitar sus consecuencias (Gamarra, 1994, p. 341).

De la interpretación conjunta de los arts. 1343 y 1346 del CC emergen las consecuencias de su configuración. El art. 1343 prevé la exoneración de responsabilidad cuando el caso fortuito o fuerza mayor sean los causantes del incumplimiento. Mientras que el art. 1346 establece la responsabilidad por daños que deriven de forma directa e inmediata del incumplimiento. En consecuencia, cuando el incumplimiento se deba al hecho de la víctima, se interrumpe la relación de atribución entre el incumplimiento y el daño, provocando la exoneración total o parcial de responsabilidad al deudor por tales daños.

En cuanto al objeto del presente estudio, la progenitora reviste la calidad de tercero, aún durante la minoría de edad de su hijo, puesto que solo lo representa en ejercicio del poder-deber que deriva de la patria potestad. Es por ello que no pueden reputarse hecho de la víctima a las conductas desplegadas por ella, aún cuando tuvieren incidencia causal.

En suma, se considera que a efectos de considerar que el daño tuvo como única causa el hecho de la víctima – el hijo no reconocido- no se requiere su actuar culposo o doloso, sino que el incumplimiento le sea causalmente atribuible a su conducta, la que debe ser completamente ajena al progenitor (art. 1343 inc. 2 del CC). A su vez se requiere que la conducta del hijo le hubiere sido imprevisible e irresistible al progenitor, incluso desplegando toda la diligencia del buen padre de familia para dar cumplimiento a su obligación (art. 1344 del CC).

En caso de que medie un hecho de la víctima que tenga relación causal con parte del daño, corresponderá la reducción proporcional de la responsabilidad asignada al progenitor conforme a la interpretación sistemática de las

previsiones de los arts. 1342 y 1346, así como del art. 1331 del CC: el principio general de la relevancia proporcional de las concausas.

En la hipótesis en estudio se reconoce como de difícil ocurrencia una conducta del hijo que pueda identificarse como hecho de la víctima que tenga incidencia causal en el daño padecido por el mismo.

Vale realizar la salvedad de que el rechazo manifestado por el hijo hacia su padre no constituye causa extraña, porque no puede entenderse que media ajenidad, irresistibilidad ni imprevisibilidad. Incluso en aquellos casos en que se endilga a la progenitora manipulación en contra del progenitor, no es óbice para el cumplimiento de sus obligaciones legales.

3. Hecho del tercero

Cuando el incumplimiento es provocado por la intervención de una conducta desplegada por un sujeto ajeno al vínculo obligacional, se configura el hecho del tercero como causa extraña eximente de responsabilidad del deudor.

Se define al tercero como aquel sujeto extraño al vínculo obligacional, una persona distinta al acreedor y al deudor, y que no tiene vínculo que imponga la responsabilidad por su conducta, por no estar al cuidado del obligado ni servirse de ella (Mosset Iturraspe 1997 B, p. 125).

En la hipótesis en estudio, conforme ya se mencionó reviste la calidad de tercero cualquier sujeto que intervenga diverso de la víctima - hijo- y del obligado-progenitor no reconociente. Se identifican como terceros, en este vínculo obligacional, a la progenitora y a quien reconoce al hijo como propio sin serlo (normalmente la pareja o marido de la progenitora).

Gamarra indica que el hecho del tercero constituye una causa extraña no imputable al deudor, en tanto su obrar excluye -total o parcialmente- el nexo causal entre la conducta del obligado y el incumplimiento. Al no ser imputable al deudor, su configuración puede producir la exoneración de responsabilidad del obligado incumplidor, en la medida que el incumplimiento sea causado por el

tercero y no por el obligado. En tal supuesto, resulta de aplicación lo dispuesto en la parte final del art. 1342 del CC (1997, p. 61).

El hecho del tercero puede concurrir conjuntamente a causar el daño con la conducta del deudor, que provoca la exoneración parcial de responsabilidad, o bien desplazando al incumplimiento del nexo de causalidad, interrumpiéndolo y configurando la única causa del daño.

La conducta del tercero debe revestir la entidad suficiente para determinar el incumplimiento; es decir, no cualquier actuación ajena resulta idónea para interrumpir el nexo causal entre el obrar del deudor y el incumplimiento. Al igual que en el hecho de la víctima, no se requiere que haya mediado culpa en el accionar del tercero, sino únicamente que su intervención sea la causa determinante del incumplimiento.

Asimismo, Gamarra refiere a las características de imprevisibilidad e irresistibilidad en el hecho del tercero para asignarle el efecto interruptivo del nexo de causalidad que une el incumplimiento con el resultado dañoso (1994, p. 350).

En cuanto al requisito de irresistibilidad, ha sido planteado por la doctrina argentina, afirmando que no constituye causa extraña no imputable la oposición de la progenitora al vínculo entre el progenitor y el hijo. En tal sentido se afirma que tal conducta no exonera de responsabilidad al progenitor, por cuanto tiene *"deber del procurar, incluso judicialmente, la satisfacción de los derechos-deberes derivados de la responsabilidad parental, haciendo previamente el reconocimiento espontáneo respectivo, que injustamente resistió"* (Richeni, et al. 2016, p. 6).

En línea con lo antes expuesto la reticencia materna no puede reputarse una causa extraña que provoque el incumplimiento de las obligaciones parentales, no afecta el factor de atribución por cuanto el progenitor debe desplegar toda la diligencia del buen padre de familia para dar cumplimiento a las mismas. Tampoco puede considerarse como extremo interruptor del nexo causal, por

cuanto no reviste la característica de irresistible, ya que no se requiere el consentimiento o aquiescencia de la progenitora para efectuar el reconocimiento voluntario ante el oficial del registro de estado civil. Incluso ante los casos de genuinas dudas sobre la paternidad, el progenitor tiene a su disposición acciones judiciales para sortear el obstáculo creado por la conducta reticente de la progenitora.

A efectos de que se configure el hecho del tercero – la progenitora- que interrumpa el nexo causal, este hecho debe ser irresistible por el progenitor, de lo contrario habrá -a lo sumo- cocausación del daño, respondiendo proporcionalmente cada progenitor por el daño causado al hijo, acorde a lo previsto expresamente por el art. 1331 del Código Civil.

Tampoco se requiere que medie culpa en la conducta del tercero para considerar configurada la causa extraña no imputable al deudor, bastando que su conducta sea la causa del daño. Puede configurar una concausa del daño, para morigerar o eximir de responsabilidad al deudor, concluye Gamarra que *"el principio es que únicamente se responde por el daño que se ha causado (art. 1319)"* (Gamarra, 1994, p. 353).

En la hipótesis en estudio, ante el incumplimiento del progenitor en emplazar a su hijo, sin perjuicio de que éste sea la causa del daño, puede concurrir conductas de terceros que enerven el factor de atribución.

Uno de los más claros supuestos radica en la conducta desplegada por la progenitora cuando obstaculiza en forma efectiva el reconocimiento, oculta el embarazo, el vínculo biológico o incluso le asigna la paternidad a otro sujeto. El ocultamiento puede consistir en una conducta pasiva –cuando no notifica- o activa -asigna la paternidad a un tercero- .

Conforme afirma Mariño, en materia de responsabilidad obligacional, el caso fortuito produce el incumplimiento que provoca el daño, enervando en consecuencia el factor de atribución y ya no el nexo causal (2021, p. 609). En consecuencia, es la conducta de la progenitora la que debe dar origen al

incumplimiento de la obligación de reconocer en el progenitor para reputarla eximente de responsabilidad.

Conforme ya se ha concluido, al no desplegar una conducta diligente en cuanto a notificar al padre de la existencia del hijo y de su paternidad, la madre puede incurrir en un actuar culposo, que a la postre causa un daño al hijo, por el cual podrá ser responsable. Ese daño no es imputable al padre y por ende no será responsable por su indemnización, por cuanto el hecho del tercero -la progenitora- es la causa de su incumplimiento.

Por otro lado, la conducta activa en el ocultamiento de la paternidad, cuando intencionalmente la madre ejecuta acciones tendientes a ocultar la paternidad, puede resultar en un actuar doloso. En tal caso, puede sumarse la conducta de otro tercero, el marido o pareja de la madre, que reconoce al hijo de su esposa como propio, este reconocimiento puede darse desconociendo la ausencia de vínculo biológico o incluso a sabiendas de su inexistencia.

La jurisprudencia uruguaya se ha pronunciado en tal sentido, en Sentencia 20/2016 dictada por el TAF 1ero (de fecha 17/02/2016) en la que sostiene que el caso fortuito se configura cuando el progenitor se vea imposibilitado de reconocer a su hijo natural *" porque la madre inscribió (al hijo adúltero) como hijo matrimonial, naciendo el niño viviendo de consuno de los cónyuges y existiendo posesión de hijo matrimonial (en el caso el progenitor ni siquiera tiene legitimación para entablar una acción que desplazamiento de esa filiación)"*. En este último caso, por el hecho del tercero -madre que imputa a otro sujeto la paternidad y progenitor reconociente- se crea un obstáculo irresistible para el progenitor biológico, a quien el ordenamiento jurídico priva de legitimación para impugnar el estado civil de su hijo a efectos de quedar habilitado su reconocimiento, por imperio del art. 220 del CC.

Ramos Cabanellas refiere al efecto de la conducta materna como hecho del tercero, refiriendo a cuando *"guardó silencio respecto del progenitor"* , es decir, ocultó la identidad del padre, lo que califica como eximente de la responsabilidad

paterna, en tanto no es la conducta del padre lo que provoca el incumplimiento de su obligación (2021, pp. 661).

Se entiende como requisito que la conducta materna sea efectiva logrando un real ocultamiento de la paternidad, no bastando cualquier obstaculización al reconocimiento para calificar su conducta como eximente de responsabilidad paterna. En efecto, no se puede llegar a la misma conclusión cuando el progenitor tuviera noticia de su posible o probable paternidad, pues por más que tuviere aún razonables dudas sobre el vínculo, acorde a las conclusiones antes arribadas, deberá prestar una conducta diligente a efectos de determinar su vínculo con el hijo.

Por otro lado, es destacable que no se requiere el consentimiento de la progenitora para proceder al reconocimiento del hijo, en consecuencia, los posibles obstáculos que pudiere desplegar la progenitora son salvables lo que determina que no puedan ser reputados eximentes de responsabilidad. Como lo destaca Mariño a efectos de considerar configurado el caso fortuito se requiere *"exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad*" (2021, p. 609). Por tanto, es necesario que revista la calidad de hecho externo al ámbito de control del sujeto imputado a la vez que posea las características de imprevisibilidad e irresistibilidad. Pero es esta última la característica definitoria para que la causa extraña produzca su efecto enervante de la responsabilidad, dado que aquél hecho a pesar de ser imprevisible pudo ser resistido por el sujeto imputado no produce el referido efecto sobre la responsabilidad.

Sobre el punto, se ha pronunciado la jurisprudencia uruguaya en Sentencia No. 20/2016 del TAF de 1 Turno (de fecha 17/02/2016), en la que se sostuvo como ejemplo de exoneración de responsabilidad del progenitor no reconociente aquellos casos en los que, mediando dudas legítimas sobre su paternidad, *"no se pudo acceder al pretenso hijo/a para realizar la prueba científica"*. Corresponde calificarlo como causa extraña no imputable, en particular como hecho del tercero en caso de que la progenitora fuere quien crea el obstáculo para la realización de la prueba científica de ADN a efectos de despejar las dudas que pudieren obrar sobre el vínculo biológico. Sin embargo, habrá de analizarse

el requisito de la irresistibilidad, por cuanto el obstáculo erigido por la progenitora podría ser salvable mediante el inicio de acciones judiciales para determinar su paternidad.

Puede reputarse que tales conductas afectan el factor de atribución en la conducta paterna, impidiendo o dificultando el cumplimiento de la obligación legal, es decir, el reconocimiento correspondiente. A su vez, debe evaluarse si se han desplegado mediando dolo o culpa de cada autor, a los efectos de la asignación de responsabilidad a los co-causantes.

La conducta de la progenitora solo podrá entenderse que configura un eximente de responsabilidad cuando por sí sola le hubiere impedido al progenitor desplegar la conducta debida, y revista las características de irresistible e imprevisible, es decir, le impida desplegar una conducta diligente para el cumplimiento de su obligación. No podrá entenderse que medió causa extraña cuando meramente dificulte el cumplimiento de la obligación, representando un obstáculo salvable. El casus podrá configurarse cuando la progenitora oculte eficazmente el embarazo, el nacimiento del hijo, o su propia existencia. También cuando oculte de forma eficaz el vínculo biológico con el progenitor, siendo una de las formas más frecuentes la asignación de la paternidad a otra persona.

En tal caso se habrá enervado la relación de atribución porque el incumplimiento no le es imputable al progenitor no reconociente. En tales casos media un hecho del tercero, la progenitora y/o el progenitor putativo, como productor del incumplimiento, ya sea que éstos hubieren actuado con o sin conocimiento de la ausencia del vínculo. Es decir, no afecta su configuración que hubieran actuado de buena fe, o con ausencia de culpa. Por ejemplo el caso del marido que genuinamente considera que tiene un vínculo biológico con el hijo de su esposa y actúa de buena fe al reconocer al niño como hijo.

Se destaca que solo puede considerarse a la conducta materna interruptiva de la relación de atribución cuando medie un real ocultamiento de la paternidad. Por ello, se incluye la referencia a la *efectividad* en el ocultamiento de la propia existencia del hijo o del vínculo. Se entiende -contrariamente a algunas posturas

doctrinarias y jurisprudenciales- que ante la duda o sospecha sobre el vínculo pesa sobre el progenitor desplegar una conducta activa y diligente tendiente a dilucidar la existencia del vínculo biológico que se le atribuye. Pues de lo contrario media una negligencia de su parte que configura un actuar culpable en el incumplimiento de su obligación legal, conforme ya se argumentó en el capítulo correspondiente.

Por el contrario, si el obstáculo creado por la progenitora no es irresistible, no se configura una causa extraña no imputable, por carecer del requisito fundamental para su configuración. Conforme ya se sostuvo, ante la certidumbre del vínculo no cabe dudas de que existe una obligación legal, y ante la incerteza pesa sobre el progenitor el deber de desplegar toda la diligencia del buen padre de familia para dar cumplimiento a su obligación, conforme lo prevé el art. 1344 del CC.

Sobre la demora materna en iniciar las acciones de investigación de la paternidad, resulta a lo menos cuestionable que la mera demora constituya un eximente de su responsabilidad por el lapso en que se mantenga omisa. Esta omisión materna no constituye fuerza mayor, ni caso fortuito, no hay imprevisibilidad ni irresistibilidad, hay un daño causado por un incumplimiento de una obligación legal llevado a cabo por el padre -mediante culpa o dolo- que causa un daño cuyo nexo causal no puede considerarse interrumpido por la conducta materna. Así lo consideró la jurisprudencia uruguaya en Sentencia No. 174/2006 dictada por el Juzgado Letrado de 1era Instancia de Salto de 1er Turno (de fecha 28 de setiembre del 2006). Fallo en el que se descartó la configuración del hecho de la víctima, consistente en la demora de 21 años en ejercer la acción de investigación de la filiación, por entender que no existió irresistibilidad o imprevisibilidad que rompiera la imputación del incumplimiento a la conducta paterna ya que éste conocía su paternidad y pudiendo dar cumplimiento a su obligación legal permaneció omiso. Claramente que la demora del hijo durante su minoría de edad no le es reprochable al mismo.

Por otro lado, Medina refiere a otro supuesto como posible hecho del tercero: la "*oposición paterna para que un menor de edad reconozca un hijo extramatrimonial",* concluye que no representa un obstáculo que configure el

hecho del tercero, porque el adolescente está legalmente facultado para reconocer a partir de los 16 años (2002, p. 124).

En el derecho uruguayo el punto encuentra previsión expresa en el art. 30 del CNA que establece el derecho y la obligación de reconocimiento, cualquiera sea la edad de los progenitores. La referida norma establece en su inciso segundo que las mujeres menores de doce años y los varones menores de dieciséis, "*no podrán realizar reconocimientos válidos sin aprobación judicial*". Por tanto, se concluye que no se requiere el consentimiento de los progenitores para proceder al reconocimiento, lo que puede constituir un obstáculo, pero no reviste la calidad de irresistible, y por tanto no exonera de responsabilidad al progenitor menor de edad.

IV. LA AUSENCIA DE VOLUNTAD EN EL INCUMPLIMIENTO

Conforme se ha analizado a lo largo del presente estudio, la hipótesis dañosa en estudio requiere la configuración de un factor de atribución subjetivo para la procedencia de la responsabilidad paterna. Por tanto, podrá el progenitor desligar su responsabilidad acreditando que no se configuró a su respecto.

Tratándose de responsabilidad subjetiva, previo a acreditar la culpa o dolo del progenitor en el incumplimiento, resulta fundamental probar que tenía efectivo conocimiento de su paternidad. Medina concluye que el ejemplo más frecuente de ausencia de factor de atribución se encuentra en la ignorancia de la paternidad (2002, p. 124).

El fundamento, radica en la involuntariedad de la conducta que enerva el factor de atribución subjetivo (Gesualdi, 1997, p. 147).

En efecto, mientras el progenitor desconozca que nació su obligación no puede reclamársele su cumplimiento. No se trata de la aplicación de la máxima *"la ignorancia de la ley no sirve de excusa"* contenida en el art. 2 del Código Civil, por cuanto lo que ignora no es el precepto legal sino la circunstancia fáctica –vínculo biológico o paternidad- que es el presupuesto de hecho que crea el deber jurídico específico de reconocer al hijo. Es decir, el conocimiento del presupuesto

de aplicabilidad del conjunto de normas jurídicas que le imponen al padre el deber jurídico específico de reconocer al hijo que engendró.

Al respecto, sostiene Mosset Iturraspe que *"la inculpabilidad excluye la culpabilidad y se configura con base en el error, la ignorancia y la coacción, que excluyen la posibilidad de la comprensión los dos primeros, y de la libertad la última"* (1997 B, p. 121).

Trasladando tales afirmaciones al tema del presente estudio, se concluye que habrá una causa de inculpabilidad cuando el progenitor no tenga conocimiento del embarazo o nacimiento del hijo, de su probable vínculo biológico con el mismo, afirmación que resulta armónica con el requisito del efectivo conocimiento del vínculo para la configuración del factor subjetivo de atribución.

Sobre el punto, cabe citar la postura de Howard quien entiende que media exoneración de responsabilidad cuando el progenitor no fue *"noticiado por el otro progenitor"* y por tanto desconocía la existencia de su hijo (2016, p. 180).

Como fue expuso en el capítulo respectivo al factor de atribución, se considera que el conocimiento del progenitor biológico no requiere formalidad alguna y puede acreditarse por cualquier medio. Tampoco ha de requerirse la fehaciencia del mismo, es decir, sea acreditada la absoluta certeza del vínculo mediante el resultado de la prueba de ADN, para entender que el progenitor adquirió conocimiento de su paternidad. Por tanto se estiman de franco rechazo las posturas que postulan como causa de inculpabilidad la colaboración del progenitor en el proceso de investigación de la filiación, el allanamiento a la demanda sujeto al resultado positivo de la prueba de ADN, o incluso cuando una vez notificado de dicho resultado procede al reconocimiento voluntario ante el oficial del registro civil.

Sobre el punto, Medina -comentando jurisprudencia argentina- refiere a un antecede en el cual se entendió que la actitud asumida por el progenitor en el proceso, allanándose a la demanda condicionado al resultado de la prueba biológica, no configuraba un eximente de responsabilidad, porque *"fácilmente*

podía advertir que la actora era su hija y debió haber reconocido espontáneamente" en base a la relación monogámica que mantenía con la progenitora en la época de la concepción (C N Civ., sala L, 23-12-94, fallo 46.397, E. D. 62-247; conforme: Medina, 2002 B, p. 140).

En el presente estudio ya se ha analizado exhaustivamente cuando puede considerarse que el progenitor ha adquirido conocimiento de su paternidad, y se ha concluido en el rechazo a la postura que requiere un cierto formalismo o solemnidad, como el emplazamiento judicial o la notificación del resultado positivo de la prueba de ADN para entender configurado el factor de atribución.

Esta postura se ve reflejada en la Sentencia No. 20/2016 del TAF de 1 Turno (de fecha 17/02/2016) porque se sostiene que la omisión podía entenderse justificada cuando: *"no se sabía de la existencia del hijo; o cuando realmente se tenía dudas de la eventual paternidad".* En definitiva, cuando no medie conocimiento – adquirido por cualquier medio- de la paternidad o de la propia existencia del hijo, la pasividad del progenitor carece de la voluntariedad necesaria para la configuración del factor de atribución.

Se realiza una salvedad, mediando dudas legítimas sobre la paternidad, -como ya se ha concluido- pesa sobre el progenitor el deber de desplegar una conducta diligente a efectos de dar cumplimiento a su obligación legal, debiendo despejar las dudas que pudiere tener al respecto mediante las pruebas de ADN correspondientes.

En tal sentido, Ordoqui afirma que la conducta de la progenitora al momento de la concepción no excluye la responsabilidad del progenitor por la mera pluralidad de presuntos responsables, ya que en la actualidad los medios técnicos facilitan acreditar la certeza del vínculo (2005, p. 43).

En suma, al analizar el factor de atribución, corresponde determinar si el progenitor actuó bajo una genuina ignorancia del presupuesto de hecho -la paternidad biológica- de modo que su incumplimiento no pueda reputarse voluntaria. Sin embargo, cuando le fuera hecha una imputación fundada -por la

madre o del hijo, y ha mantenido relaciones sexuales en la época de la concepción- pesa sobre el progenitor el deber de obrar con diligencia en el cumplimento de su obligación legal, aun cuando tenga dudas razonables sobre la veracidad de la imputación.

No se requiere el emplazamiento en una acción de investigación de paternidad ni la acreditación fehaciente del vínculo biológico -prueba de ADN positiva- para acreditar el conocimiento del progenitor. Bastará acreditar que tuvo noticia del embarazo y parto, y que, habiendo mantenido relaciones con la madre en fechas compatibles con la concepción, debe al menos inferir la razonable probabilidad de su paternidad.

Por último, cabe señalar que el desconocimiento puede ser una causal de inculpabilidad parcial, en aquellos casos en que el progenitor adquiere conocimiento de la existencia del hijo mucho tiempo después a su nacimiento, no es responsable por los daños causados en la etapa en que desconocía su paternidad, pero deberá responder por los daños que su incumplimiento cause a partir del momento en que toma conocimiento de su obligación.

CONSIDERACIONES FINALES

En el presente capítulo se recogen las principales conclusiones arribadas en el desarrollo del presente estudio.

I. Antijuridicidad

Del análisis realizado sobre la antijuridicidad en el Derecho de Daños, se advierte una transformación significativa en su concepción, tanto en el plano doctrinario como jurisprudencial.

A pesar de que el presente estudio se inscribe en el marco de la responsabilidad obligacional de fuente legal, se entendió imprescindible profundizar en esta noción, dado que su comprensión es fundamental para valorar adecuadamente la hipótesis dañosa analizada, así como para el examen particular de la situación de la progenitora.

La evolución de la visión y función de la responsabilidad civil ha llevado a modificar la concepción tradicional de antijuridicidad. Es así que bajo una mirada centrada en la persona humana, se ha desplazado la visión clásica de la antijuridicidad como contravención a una norma específica, hacia una concepción más amplia, orientada a brindar protección y seguridad al individuo. De esta forma, la antijuridicidad ha dejado de ser un mero adjetivo formal de la conducta y se convierte en una categoría funcional y dinámica, cuyo contenido se vincula con el carácter injusto del perjuicio sufrido.

Diversos autores, como De Lorenzo, Medina y Lorenzetti, han contribuido a esta reconstrucción conceptual, consolidando la tendencia hacia una concepción material y objetiva de la antijuridicidad, desvinculándola de criterios estrictamente formales o subjetivos. Se destaca la atipicidad del ilícito civil, identificando conductas que, si bien no se encuentran prohibidas expresamente, dan lugar a responsabilidad por los daños causados por cuanto vulneran el deber genérico de no dañar.

En consecuencia, la antijuridicidad se redefine operando un cambio de paradigma, ya no se define exclusivamente por la contrariedad de la conducta con una norma jurídica, sino en función del resultado dañoso y su falta de justificación, antes que del incumplimiento de una norma determinada.

El concepto de antijuridicidad no está estrictamente ligado a la lesión de un derecho subjetivo, sino que debe entenderse en relación con el ordenamiento jurídico en su conjunto, que abarca no solo leyes formales, sino también principios jurídicos, costumbres y hasta reglas del orden natural. Esta interpretación permite ampliar el concepto tradicional de antijuridicidad, entendiéndola como la disconformidad de una conducta con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

En este marco, incluso la lesión a un interés no prohibido o reprobado por el ordenamiento jurídico es suficiente para determinar si puede ser objeto de reparación, sin necesidad de que la conducta causante del daño esté prevista como ilícita.

Se prioriza la reparación del daño considerado injusto sobre la tipificación formal de la conducta causante del mismo, confiriéndole mayor relevancia a la tutela del interés lesionado por encima del análisis de la conducta que lo originó.

A pesar de la amplitud que implica esta concepción, la misma presenta límites, puesto que solo las lesiones a intereses jurídicamente protegidos pueden dar lugar a responsabilidad.

Sobre esta línea, se refuerza el principio de lesividad que implica que para que una conducta sea ilícita, debe generar una lesión a un bien jurídico protegido. De acuerdo con esta visión, se considera que el concepto de antijuridicidad se refiere a la transgresión de un bien jurídico protegido, sin que sea imprescindible que la conducta causante del daño esté explícitamente prohibida por una norma jurídica. El deber genérico de no dañar se configura como el principio rector en este ámbito, de tal manera que cualquier daño injustificado podrá ser resarcido, incluso si la conducta que lo originó no contraviene una norma de manera

específica. Se considera unánimemente que de la interpretación conjunta de las normas constitucionales y legales emerge el deber genérico de no dañar, que implica a su vez el deber de prevenir la causación de daños. Este principio implica que todas las personas tienen recíprocamente un derecho a no ser dañados, y como corolario, que los daños se prevengan y eviten, lo que comprende el deber de morigerar los daños.

Finalmente, se destaca que el derecho subjetivo es solo la “corteza protectora” de los intereses jurídicamente protegidos por el ordenamiento, ya que lo que en última instancia se tutela es el interés mismo, más allá de su reconocimiento formal. Este enfoque ha sido reflejado en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, que amplía el concepto de antijuridicidad al no requerir que el interés esté expresamente tutelado, sino que sea simplemente compatible con el ordenamiento jurídico (Art. 1717 del CC y C).

En el ámbito de la responsabilidad por daños causados en el marco de las relaciones de familia, Si bien se está reconociendo de manera cada vez más frecuente la responsabilidad civil en el contexto de las relaciones familiares, aún se aborda con cierta cautela que redunda en la exigencia de una clara vulneración de un mandato legal para entender procedente la responsabilidad de quien lo incumpla. En este ámbito tanto doctrina como la jurisprudencia requieren de forma constante y enfática la existencia de una conducta violatoria a un deber jurídico expreso para entender procedente la responsabilidad por daños.

El punto es relevante al análisis, por cuanto resulta contraria a este principio la conducta de aquel progenitor que, siendo notificado de su probable paternidad, no despliega conductas tendientes a determinar el vínculo biológico y emplazar al hijo voluntariamente en el estado civil que le corresponde, evitando la causación o el agravamiento del daño que su conducta omisa pudiera efectivamente causarle.

El incumplimiento de la obligación legal de reconocer a un hijo en la que incurre el progenitor constituye en el ordenamiento jurídico uruguayo el incumplimiento de una obligación de fuente legal, constitucional e incluso supranacional.

Como consecuencia, la responsabilidad imputable a los progenitores se encuadra dentro de las normas de responsabilidad contractual u obligacional, ya que el daño es causado por el incumplimiento de una obligación de fuente legal. En efecto, el ordenamiento jurídico impone a los progenitores un deber jurídico específico u obligación que es la contracara del derecho subjetivo cuya titularidad pertenece al hijo.

En el CNA se encuentra expresamente previsto –y sin excepción alguna- en los arts. 28 y 30 como un derecho-deber de los progenitores.

El marco normativo constitucional se conforma por las disposiciones de los arts. 40, 41 y 42 de la Constitución uruguaya, así como los arts. 7, 72 y 332 que integran las normas supralegales en el marco del llamado bloque de constitucionalidad.

En cuanto a las normas de raigambre supranacional que integran el marco normativo internacional del derecho a la identidad se identifican la Declaración universal de Derechos Humanos (ratificada por Ley 10.683 del 15 de diciembre de 1945), el Pacto de San José de Costa Rica (ratificado por Ley 15.737 del 08 de marzo de 1985), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Ley 16.724 del 13 de noviembre de 1995), la Convención de Derechos del Niño (ratificada por Ley 16.137 del 28 de setiembre de 1990).

A su vez, se destaca que el interés del hijo a ser reconocido por sus progenitores no solo se relaciona con su derecho a la identidad, sino que, al excluirlo de la calidad de hijo, pueden resultar lesionados innumerables intereses de los que es titular. Estos son incluso reconocidos por el ordenamiento como derechos subjetivos, como aquellos que emanan de los deberes de educación y cuidados de sus padres, así como los derivados de la patria potestad y también la vocación hereditaria.

El incumplimiento de la obligación se configura cuando ésta deviene exigible, pero el obligado no la ejecuta, ya sea en forma total, parcial, inexacta o defectuosa. En consecuencia, la obligación deviene exigible con el nacimiento del hijo, que es el momento cronológico en que la ley le acuerda al progenitor el poder-deber de realizar el acto jurídico del reconocimiento.

En el mismo momento se le confiere al hijo la potestad de iniciar la acción de investigación de la paternidad, es decir, la acción conferida como remedio ante el incumplimiento de su padre, a fin de obtener el cumplimiento forzoso de la obligación. En suma, el nacimiento del hijo es el momento en que el reconocimiento puede ser ejercido y deviene exigible. Así se encuentra previsto en nuestro Derecho en el art. 233 del CC y art. 198 del CNA.

La procreación da lugar al vínculo biológico que es el fundamento de la obligación de reconocer, es el presupuesto de hecho que apareja la aplicación de la norma que constituye la causa de la obligación. Este poder-deber de reconocer no surge con la procreación, sino que tiene lugar en un momento posterior, nace conjuntamente con el hijo.

Si el progenitor desconoce la ocurrencia del presupuesto de hecho -vínculo biológico con el niño- y, en consecuencia, ignora que ha surgido en su esfera jurídica la obligación de reconocerlo, la responsabilidad por los daños derivados de su incumplimiento no se configura, sino hasta que toma efectivo conocimiento de su paternidad. Es en ese instante cuando el factor de atribución se une al hecho ilícito que ha generado el daño, tornándolo jurídicamente resarcible. Mientras que cuando el incumplimiento sea atribuible a la madre, dicha distinción no resulta aplicable por cuanto no puede entenderse que desconocía su maternidad y, en consecuencia, su responsabilidad se configura desde el momento mismo del nacimiento.

Sin embargo, el conocimiento del vínculo biológico no resulta exigible para la configuración del hecho ilícito, dado que la voluntad no constituye un presupuesto necesario para la configuración del incumplimiento. El ilícito se configura con el nacimiento del hijo seguido por la omisión en reconocerlo. La

circunstancia de si existió o no conocimiento por parte del progenitor respecto del nacimiento o del vínculo biológico se vincula con el análisis del factor de atribución, pero no incide en la determinación de la ilicitud de la conducta que tiene un carácter objetivo.

El hecho ilícito configurado por el incumplimiento en reconocer al hijo que se ha engendrado no requiere voluntariedad ni conocimiento del vínculo biológico. La antijuridicidad no se concibe desde un punto de vista formal y subjetivo, sino material -por contravenir el ordenamiento jurídico- y objetiva porque surge de una observación ajena a toda consideración de la subjetividad del agente de la conducta.

No existe límite temporal para el reconocimiento voluntario del hijo por sus padres en nuestro derecho, la obligación legal no perece ni se modifica por el transcurso del tiempo ni por la edad del hijo.

Únicamente se encuentran plazos previstos para el inicio de las acciones tendientes a la investigación de la paternidad o maternidad con el objetivo de obtener una sentencia declarativa del vínculo y constitutiva del estado civil de hijo. Mientras que no se encuentra en nuestro derecho límite alguno para la obtención de una sentencia meramente declarativa del vínculo biológico conforme a lo previsto expresamente previsto por el art. 219 del CC inc. 3 y art. 11 del CGP. El derecho del hijo a conocer su identidad biológica no caduca conforme a lo previsto expresamente por el art. 226 del CC, por tratarse de un derecho inherente a su condición de persona humana.

Por tanto, aun cuando se haya extinguido el plazo legal para promover acciones de investigación de la paternidad tendientes a lograr el correspondiente emplazamiento, subsiste la posibilidad de obtener una declaración judicial de la calidad de hijo biológico, aunque sin efectos constitutivos sobre su estado civil. Para ello, el hijo no reconocido tiene abierta la vía de la acción meramente declarativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 del Código General del Proceso, lo que también resulta respaldado por el texto del inciso 3º del artículo 219 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley N.º 19.075.

La pretensión indemnizatoria del hijo no se encuentra supeditada a la investigación de la filiación previa, en tanto lo que persigue es la reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento, los que son autónomos respecto al efecto constitutivo del vínculo filiatorio. Ambas acciones constituyen remedios diversos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor, admitiéndose la tramitación conjunta de ambas, o incluso solo la pretensión de indemnización por daños y perjuicios.

El incumplimiento de la obligación de reconocer normalmente no se presenta de manera aislada, sino que concurre con otros actos u omisiones que afectan de forma conjunta o conexa otros derechos del hijo no reconocido. Se considera que el incumplimiento de la obligación de reconocer no exime al progenitor de las restantes obligaciones que nacen de la paternidad, aun cuando no haya sido emplazado en el correspondiente estado civil.

El art. 16 del CNA realiza una enumeración de deberes entre los cuales se estima pertinente destacar el deber de respeto, de proveer alimentos -en sentido amplio-, velar por su educación – tanto moral como formal-, colaborar activamente para que sus derechos sean efectivamente gozados y prestar orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos. También tiene recepción constitucional en el art. 41, que le impone a los progenitores la obligación de brindar los cuidados y educación a sus hijos necesarios para alcanzar su pleno desarrollo, o como lo prevé la norma *“su plena capacidad corporal, intelectual y social”*. Estas obligaciones derivan directamente de la condición de progenitor biológico, sin requerirse emplazamiento en estado civil alguno, por cuanto no realizan distinción.

Si bien no puede afirmarse que el ordenamiento jurídico imponga expresamente un deber de conferir afecto, su existencia se extrae como derivación lógica y extensiva de los deberes de cuidado y educación, que sí encuentran consagración expresa, generando un perjuicio que no está justificado o bien resulta contrario al ordenamiento jurídico, entendido en sentido amplio.

El incumplimiento de la obligación de reconocer al hijo puede darse en forma conjunta con otros hechos ilícitos, como el ejercicio abusivo de las vías procesales, el que se configura cuando en el ejercicio de un derecho se exceden los límites internos previstos por el orden jurídico, por resultar contrario a la función social y económica que le fuera asignada por el sistema jurídico, o bien contrario a la buena fe, al orden público y las buenas costumbres.

Para entender configurado el abuso de las vías procesales se requiere que el sujeto recurra a al proceso como instrumento para lograr fines que no son los propios, sino que persiga la obtención de un resultado desaprobado por el derecho. En definitiva, la finalidad perseguida debe ser ilícita materialmente, en tanto contraria al ordenamiento jurídico, en la especie eludir o dilatar el emplazamiento en el estado civil correspondiente.

Este hecho ilícito, consistente en el abuso de las vías procesales, al presentarse de forma conexa a la hipótesis dañosa en estudio no forma parte ni resulta necesario para configurar el hecho dañoso en estudio: el incumplimiento de la obligación legal de reconocer a los hijos biológicos.

II. Factor de atribución

Debido a las particularidades propias de las relaciones familiares, en este ámbito no se ha recogido la tendencia a la objetivización de la responsabilidad civil. Tanto doctrina como jurisprudencia requieren en forma constante la verificación de un factor subjetivo de atribución como condición sine qua non para la configuración de la responsabilidad.

En los casos de incumplimiento de la obligación legal de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, el incumplimiento no habilita per se la indemnización de los daños causados al hijo, sino que se requiere que medie un factor de atribución subjetivo: culpa o dolo. En el marco normativo de la responsabilidad contractual en que se desarrolla la hipótesis dañosa en estudio, la regla resulta en un régimen de responsabilidad subjetivo ordinario, por ser el factor de atribución previsto de forma genérica, es decir, el dolo y la culpa.

La procedencia de la responsabilidad paterna requiere siempre la existencia del vínculo biológico, por cuanto es, en definitiva, el sustento de la obligación legal de reconocer, a lo que debe sumarse el efectivo conocimiento del vínculo, porque solo cuando adquiere conocimiento media voluntariedad en el incumplimiento del sujeto. Ante un genuino desconocimiento, no puede imputarse responsabilidad.

A efectos de acreditar la configuración del factor subjetivo de atribución debe probarse con fehaciencia suficiente que el progenitor tenía conocimiento del embarazo o parto, y medie una razonable probabilidad de que sea el progenitor del hijo, por haber mantenido relaciones sexuales con la progenitora en la época de la concepción.

No es procedente exigir formalidad alguna para acreditar que el progenitor tomó efectivo conocimiento de su paternidad, porque tal requisito no se condice con los parámetros de conducta exigibles en el marco de las relaciones de familia ni de la responsabilidad civil. En consecuencia, puede cursarse por cualquier medio y posteriormente acreditarse en el proceso siguiendo las reglas generales en materia probatoria.

En cuanto a las diversas categorías de la culpa la negligencia es la que se configura en el marco de las relaciones de familia. Es, en suma, ese actuar que constituye un apartamiento del estándar del buen padre de familia en virtud de una conducta desplegada de forma desatenta, descuidada, omisa del debido cuidado a efectos de evitar causar un daño.

La definición de culpa emerge de la interpretación conjunta de las disposiciones normativas contenidas en los arts. 1310, 1319, 1324 y 1344 del CC y art. 18 del Código Penal. De ellas se extrae que por “culpa” debe entenderse la falta del cuidado o diligencia debidos, es decir, un actuar apartado de la diligencia del buen padre de familia.

Este parámetro abstracto y objetivo de conducta es indispensable para comparar la acción efectivamente desplegada por el ofensor con la exigida por el

ordenamiento jurídico a los efectos de determinar si actuó diligentemente o no, y en mérito a ello, determinar si medió culpa en su actuar y corresponde asignarle responsabilidad por el daño causado.

No corresponde valorar la culpa en concreto, apreciando si acorde a las características personales del sujeto éste actúo en forma diligente, lo que desvirtúa el estándar previsto en la normativa vigente en materia de responsabilidad civil, sin fundamento normativo que lo respalde.

No se requiere un ideal de perfección moral, sino la exigencia de que las conductas desplegadas en sociedad -y aún más dentro del ámbito familiar- se realicen con el debido cuidado, diligencia y responsabilidad. Quien ha padecido un daño como resultado de una conducta dañosa no queda habilitado a reproducirla sobre otros, por el contrario debería asumir una mayor diligencia a efectos de prevenir la causación de daños a otros sujetos. Se exige al sujeto que preste la diligencia media, pero de poseer condiciones especiales que incrementen el riesgo de causación de un daño, la exigencia se eleva debiendo prestar una mayor diligencia al actuar, evitando la causación de daños.

Lo expuesto importa en particular en el marco del daño intrafamiliar, ya que éste no solo puede trasmitirse, sino que puede incluso consolidarse como una forma estructural de relacionarse entre los miembros de la familia.

A los efectos de la configuración de la culpa, como factor de atribución, no corresponde requerir que el progenitor tenga certeza absoluta del vínculo biológico que se le imputa.

Por el contrario, basta con la fundada o razonable probabilidad de su existencia, siendo suficiente para ello la imputación del vínculo -ya sea por la progenitora o por el hijo y por cualquier medio- sumado a la probabilidad de su veracidad por haber mantenido relaciones sexuales con la progenitora en la época de la concepción. Estas circunstancias son suficientes para el nacimiento del deber de prestar una conducta activa y diligente tendiente a confirmar o descartar la

paternidad. El incumplimiento de este deber configura la culpa, en tanto implica un actuar negligente además de desatender el deber de prevención del daño.

Debe considerarse el contexto actual, caracterizado por la amplia accesibilidad de medios de transporte, de comunicación y a estudios que permiten alcanzar un grado indiscutible de certeza sobre el vínculo biológico.

Corresponde integrar al estándar de conducta del buen padre de familia la adopción de una actitud diligente orientada a verificar la imputación de paternidad y proceder al cumplimiento de sus obligaciones conforme lo exige la normativa. Es decir, la actitud diligente que se le requiere al progenitor -dado el contexto actual- es de escasa entidad o gravamen, especialmente si se la contrasta con la relevancia de la imputación, la trascendencia de las obligaciones que apareja, así como las futuras consecuencias de su inacción.

La postura que se propugna, que exige el prestar la debida diligencia al presunto progenitor, resulta acorde con los principios rectores del derecho de daños y su evolución. En efecto, la exigencia de prestación de una mayor diligencia y de prevención del daño resulta acorde con el principio del *neminem laedere*.

El progenitor podrá acreditar su falta de culpa cuando exista un genuino desconocimiento de su paternidad, en tanto no habrá voluntad en su conducta no se habrá configurado el factor de atribución.

Para ello pueden analizarse los extremos fácticos, tanto del momento de la concepción como las posteriores, a fin de determinar si tuvo conocimiento del nacimiento o de la gestación. Aún más cuando no existan elementos que le permitieran dudar razonablemente de su paternidad, en caso de mantener una relación sexoafectiva de carácter monogámico con la progenitora a la época de la concepción.

El progenitor que, es noticiado de la posible paternidad y no despliega una actitud diligente en el cumplimiento de la obligación legal de reconocer incurre en una conducta culpable en tanto negligente, descuidada, omisa. Es decir, comparada su conducta inerte con el parámetro de conducta objetivo y abstracto del buen

padre de familia, se aprecia la misma como negligente y en consecuencia culposa. De tener certeza de la existencia del vínculo, mediante la prueba de ADN el incumplimiento debe considerarse doloso, en tanto intencionalmente se abstrae del cumplimiento de la obligación legal.

Sin perjuicio de que el hecho ilícito recién habrá de configurarse cuando al nacer el hijo el progenitor omita reconocerlo, momento en que nace el derecho del hijo a ser reconocido y, por tanto, resulta violentado con la omisión del progenitor. No es dable admitir la existencia del factor de atribución en forma previa a la efectivización del ilícito dañoso.

Es esencial partir de la premisa de que la conducta humana que da lugar a la responsabilidad, tanto por acción como por omisión debe radicar en un comportamiento humano voluntario.

El progenitor adquiere efectivo conocimiento del vínculo cuando le es imputado, es decir, le es comunicada su paternidad por cualquier medio por cualquier persona. No se prevé formalidad ni requisito alguno, por cuanto nuestra legislación no prevé formalidad alguna en la toma de conocimiento para hacer nacer la responsabilidad. Puede ser acreditado por cualquier medio de prueba admisible en juicio, incluso indiciario, que logre acreditar que el progenitor mantuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción y tuvo conocimiento de la existencia del hijo o del embarazo. Es decir, que tuvo una sospecha fundada de su posible o probable paternidad, entendida ésta como probabilidad fundada en extremos de hecho que la sustenten.

No se requiere certeza absoluta, por medio de la prueba de ADN, sino que la referida toma de conocimiento de su posible paternidad hace nacer en la esfera jurídica del progenitor el deber de actuar con la debida diligencia y desplegar conductas activas para determinar si el vínculo biológico que sustenta su obligación legal existe.

Analizando el punto entorno a la diligencia exigida al presunto progenitor, se concluye que acorde al parámetro legalmente exigido de conducta, que le

impone al progenitor desplegar la diligencia media, aún ante la duda de su paternidad, tiene el deber de actuar en forma diligente para el cumplimiento de su obligación.

Esto implica que activamente procure cumplir con la obligación legal de reconocer y no meramente aguarde que su presunto hijo inicie la acción de investigación de la paternidad, ni tampoco el resultado de la prueba de ADN practicada en dicho marco judicial.

En cuanto al dolo se configura en aquellos casos en que el progenitor, teniendo conocimiento de su paternidad, decide intencionalmente abstenerse de cumplir con su obligación legal. A estos efectos, tanto doctrina como jurisprudencia, han recurrido al análisis de las circunstancias en las que se da la procreación y gestación y a la conducta desplegada por el progenitor, tanto en el ámbito procesal como extra procesal.

Puede mediar asimismo, intención de causar un daño mediante su incumplimiento, cuando la omisión obedece a un propósito deliberado de dañar, elude intencionalmente sus deberes en perjuicio de los derechos de su hijo, ya sea a llevar su apellido así como a los alimentos y a concurrir a su sucesión conjuntamente con otros hijos.

También se configura el dolo, cuando el progenitor prevé el daño como probable y, aun así, se mantiene en su omisión, con manifiesta indiferencia respecto del perjuicio o resultado dañoso de su accionar.

Para determinar si medió dolo en su conducta se analiza la esfera intelectual o cognitiva del sujeto, por sobre la esfera volitiva, es decir, su conocimiento de las circunstancias en que se despliega su conducta por sobre la intención de causar un daño con su conducta.

El daño a los hijos causado por el incumplimiento de la obligación legal de reconocerlos es claramente previsible para el hombre medio. Por tanto, habrá intención de dañar cuando a sabiendas de la existencia del vínculo biológico que

lo une con el hijo el progenitor se abstraiga intencionalmente del cumplimiento de la obligación impuesta por la normativa.

III. Nexo causal

En materia de responsabilidad civil contractual acreditado el incumplimiento de la obligación – ya sea de fuente legal o contractual- para determinar el daño indemnizable debe conectarse el menoscabado padecido por la víctima causalmente con el incumplimiento de la conducta debida.

El nexo causal constituye uno de los aspectos más debatidos por la doctrina y jurisprudencia en materia de responsabilidad civil. El ordenamiento jurídico uruguayo sin lugar a dudas opta por las teorías individualizadoras de la causalidad.

En materia de causalidad jurídica debe distinguirse la causa de la condición y de la ocasión. La *causa* jurídica se identifica como aquél hecho productor del daño, mientras que la condición no lo produce, pero lo permite, y la ocasión tan solo favorece la operatividad de la causa.

Ciertamente, provocado un daño podrán identificarse en todos y cualquier caso, una multiplicidad de eventos, conductas y circunstancias que constituyen la "cadena causal", es decir que contribuyen de uno modo u otro al resultado dañoso. En especial, en materia de relaciones humanas, habrá normalmente una multiplicidad de conductas y sujetos intervinientes generando la necesidad de distinguir la causa jurídica del daño que determinará quien debe responder y la medida de esa responsabilidad.

No obstante, podrán darse en muchos casos hipótesis de co-causación o de multiplicidad de causas, por lo que debe en cada caso analizarse la cadena causal.

En el derecho uruguayo se adopta en forma casi unánime la denominada teoría de la causalidad adecuada, acorde con la cual se identifica como causa a aquella que posea la cualidad de causa adecuada para dar origen al daño.

Según esta teoría se requiere la adecuación entre un hecho y el resultado dañoso como patrón abstracto, entendido como aquella causa probable y razonablemente previsible, qué como consecuencia de un hecho se derive un determinado resultado.

Para determinar la previsibilidad de la producción del daño para quien realiza la conducta, se recurre a conceptos provenientes de la ciencia y de la naturaleza o bien de tipo probabilístico o estadístico para asignarle a determinado evento un resultado. Se debe realizar una selección sobre la base de la previsión del daño utilizando un criterio de regularidad o normalidad del resultado en base a la acción desplegada, descartándose los factores atípicos o anormales y prevaleciendo los regulares u ordinarios.

Será identificada como causa, aquella que surja como la condición que produce adecuadamente un efecto determinado, la que un hombre normal y razonable, considerado de forma abstracta en la figura del “buen padre de familia” ha previsto o podido prever como consecuencia natural de su comportamiento, que se puede prever como resultado común o propio de determinada acción.

Se le confiere un carácter explicativo a la cadena causal, en tanto, dado cierto resultado dañoso se procede a buscar qué evento es el que lo ha determinado.

En materia de daños provocados por omisión, se presentan algunas particularidades. Para que la mera inercia se convierta en omisión debe pesar sobre el sujeto el deber de adoptar una conducta dirigida a interrumpir o paralizar un proceso causal.

Se considera que esa búsqueda del evento que ha dado causa al daño adquiere un carácter hipotético, que parte de la conducta omitida a efectos de determinar si de haberse cumplido se hubiera evitado el daño. Este razonamiento es considerado un juicio predictivo (aunque dirigido al pasado), en tanto juicio de tipo lógico y probabilístico -por oposición al naturalístico- y se requiere una elaboración hipotética ex post facto partiendo de la conducta omitida, a efectos de determinar si, de haberse cumplido, se hubiera evitado el daño.

Se concluye que media responsabilidad cuando pueda determinarse, apreciándose en abstracto y de forma objetiva y empírica, que la abstención ha actuado como factor determinante para el acaecimiento del daño, y es por tanto la causa adecuada del mismo. La omisión debe reputarse idónea para producir el resultado dañoso acorde a los requisitos de previsibilidad, normalidad y probabilidad requeridos a la causa.

En materia de daños causados en el marco de relaciones familiares y específicamente por los progenitores al omitir reconocer a sus hijos, se rige por las reglas generales antes indicadas sobre causalidad, resultando por completo trasladables las consideraciones generales. En este marco se ha relevado una tendencia jurisprudencial que requiere la acreditación del nexo causal entre el daño y el evento dañoso mediante prueba pericial o testimonio de testigos expertos.

Se responsabiliza al progenitor omiso por los daños causados a su hijo por los que su conducta hubiere constituido causa adecuada, acorde a los criterios de normalidad, regularidad, probabilidad y previsibilidad.

El análisis jurídico requiere siempre un examen hipotético y póstumo, una vez concretada la conducta dañosa, o la omisión de la conducta debida, así como el daño, debe partirse del resultado con el que se cuenta, para figurarse qué hubiera sucedido si la conducta desplegada se hubiera omitido, o si la conducta debida se hubiera cumplido. Éste análisis resulta siempre un juicio hipotético basado en leyes de la ciencia, naturaleza o estadística que determinan lo que podría haber sucedido acorde al curso normal de los acontecimientos.

Conforme a los postulados de la teoría de la causalidad adecuada, se requiere que el daño sea previsible para el progenitor al momento del nacimiento del hijo o bien al momento de tomar conocimiento fehaciente de su posible paternidad (si fuere posterior al nacimiento). Es decir, cuando su mera abstención se transforma en incumplimiento.

Una vez acreditada la filiación biológica, así como la omisión en reconocer, de ello se deriva la acreditación del evento dañoso, pero para que proceda la indemnización de las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales derivadas de este evento dañoso, debe acreditarse su efectivo nexo de causalidad.

Es necesario acreditar el nexo de causalidad adecuada ente el evento dañoso -omisión de reconocer- con el daño consecuencia -daño patrimonial o extrapatrimonial- padecido por el hijo, resulta necesario argumentar fundadamente y probar fehacientemente que el incumplimiento paterno en emplazarlo en la calidad de hijo es la causa adecuada del daño cuya indemnización reclama. Para ello, debe realizarse el juicio hipotético retrospectivo antes referido a efectos de determinar si la acción debida – el reconocimiento- hubiere evitado el resultado dañoso, para así entender conformada la relación causal entre la omisión y el daño.

En definitiva, para comprobar si existe nexo causal se debe analizar la incidencia que el reconocimiento, hubiere tenido en la vida del hijo y así determinar si de acuerdo con la causalidad adecuada, el acto omitido hubiera evitado la ocurrencia del daño.

Dado que el daño en la presente hipótesis se enmarca en las relaciones de familia, con normalidad se darán una serie de conductas vinculadas al daño provocado al hijo, por lo que es necesario analizarlas a la luz de la teoría de la causalidad adecuada a efectos de determinar si constituyen causa jurídica del daño y como consecuencia impactan en la responsabilidad.

En particular en materia de relaciones humanas las hipótesis de co-causación o de multiplicidad de causas son de las más frecuentes, desarrollándose múltiples conductas, por una multiplicidad de agentes, a lo largo de un período considerable de tiempo.

En este marco abundan las hipótesis de pluralidad causal conjunta o común, la que se configura cuando existen varias causas que producen un determinado

resultado dañoso que de forma independiente no hubieran provocado. Es esta acumulación o concurrencia de hechos que revisten la calidad de causas en el sentido jurídico que dan lugar al daño como suma de sus consecuencias.

Pero su proporción de incidencia causal es identificable por lo que cada uno será responsable proporcionalmente acorde con la incidencia causal de su conducta sobre el resultado dañoso final (art. 1331 inc. 2 del CC) y en caso de mediar dolo su responsabilidad será solidaria.

Las causas actuando conjunta o simultáneamente traen como consecuencia un mismo resultado dañoso, entonces la causa del daño es plural porque las consecuencias se derivan de más de una conducta.

En la hipótesis en estudio se configura cuando la progenitora incumple su deber de iniciar las acciones de investigación de la paternidad, acrecentando el daño causado por el progenitor omiso en reconocer al hijo voluntariamente.

La omisión del progenitor es la causa adecuada del daño sufrido por el hijo, pero este daño puede ser evitado en gran parte o morigerado por la oportuna conducta de la progenitora, al iniciar las acciones que la normativa le acuerda en uso del poder deber de representar a su hijo a efectos de que el mismo pueda ejercer sus derechos. Estas dos omisiones autónomas y conjuntas, sumadas son lo que acaba causando el daño al hijo, ambas conductas tienen incidencia causal.

La omisión de la progenitora se encuentra en una relación de causalidad adecuada con el daño, puesto que posee esta relación de causa a efecto que requiere el nexo causal. Siguiendo el juicio hipotético retrospectivo, se determina que de haberse cumplido la conducta impuesta por la normativa se hubiera evitado el agravamiento del daño.

Habrá siempre de evaluarse las condiciones en que se desarrolló una y otra conducta a la hora de determinar si media o no responsabilidad. Si la progenitora estaba en condiciones de promover las referidas acciones, si se encontraba en un contexto de vulnerabilidad, para determinar si existe responsabilidad.

En tal sentido pueden identificarse diversas hipótesis de cocausación del daño, así como de interrupción del nexo causal o del factor de atribución, por causa extraña no imputable al progenitor.

IV. Legitimación – activa y pasiva - del progenitor reconociente

La progenitora podrá resultar sujeto activo del daño causado al hijo –responsable – o bien como sujeto pasivo -damnificado- en el marco de la hipótesis dañosa objeto del presente estudio.

Como sujeto activo del daño cuando medie ocultamiento de la paternidad, ya sea de forma pasiva como de forma activa. Es decir, cuando se niegue a develar la identidad del progenitor biológico de su hijo, como cuando le impute la paternidad a otra persona que no posee el correspondiente vínculo biológico con el hijo.

Esta conducta puede darse frente al progenitor, escondiendo o negando el embarazo o la existencia del vínculo biológico, o bien, frente a su hijo, cuando éste hubiere adquirido raciocinio suficiente y le solicite identificar a su progenitor, resistiéndose a develar su identidad.

En aquellos casos en que su conducta sea la causante del daño, en casos de ocultamiento del embarazo o del vínculo biológico, siendo el más paradigmático el emplazamiento en la calidad de hijo de otra persona con quien carece de vínculo biológico. También podrá configurarse una hipótesis de cocausación del daño cuando la conducta de la progenitora colabore a su causación, agravamiento o bien omita desplegar acciones tendientes a prevenir el daño o su morigeración.

Esta conducta materna, puede resultar en la exoneración de responsabilidad del padre por no configurarse el factor de atribución, por cuanto se requiere que medie conocimiento de su vínculo biológico con el hijo y, por tanto, sabía de su obligación de reconocer.

En tales casos media una antijuridicidad de su conducta por cuanto resulta violatoria de los derechos del hijo, siendo trasladables las consideraciones realizadas en el capítulo correspondiente a la antijuridicidad de forma exhaustiva.

En caso de atribuirle un estado civil que no se condice con su realidad biológica, incurre en un hecho ilícito tipificado por el ordenamiento jurídico en tanto crea un estado civil falso.
En cuanto a su responsabilidad por la demora en ejercer las acciones de investigación de la paternidad en representación del hijo, se considera que emerge del deber de proteger o tutelar los derechos de su hijo, el cual integra el cúmulo de deberes inherentes a la patria potestad, por tanto, pesa sobre la madre el deber de denunciar aquellos casos de vulneración o bien ejercer las acciones necesarias en tutela de dichos derechos de los hijos.

También emerge del deber jurídico de no dañar o de morigerar el daño, ya que en definitiva las acciones procesales consisten en una acción preventiva. Esta función preventiva de la responsabilidad civil, surge del art. 1319 y a su vez tiene raigambre constitucional, emerge de la interpretación de los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución de la República, de la que surge el derecho a la indemnidad o derecho a no sufrir daños, y en forma correlativa a este derecho, se encuentra el deber genérico de no dañar y de prevenir la producción de daños. Esta situación jurídica pasiva grava a todos los sujetos con carácter general, por lo que alcanza a la progenitora a pesar de su calidad de tercero, y por ser la ocurrencia del daño claramente previsible para la persona media.

La inacción de la progenitora priva al hijo de la posibilidad de acceder al emplazamiento en el estado civil que le corresponde y los derechos que de él derivan hasta su mayoría de edad, prolongando y consolidando las consecuencias lesivas del incumplimiento paterno. La falta de actuación de la progenitora resulta imputable en tanto coadyuva a la permanencia del estado de vulneración de los derechos del hijo.

En consecuencia, pesa sobre la madre debe prestar la debida diligencia en su accionar, previendo el daño que es claro le causará la omisión en el reconocimiento del padre y desplegar las acciones necesarias para tutelar los derechos de su hijo, ya sea notificando fehacientemente al progenitor de la existencia del vínculo con su hijo o iniciando en su representación las acciones legales que el ordenamiento jurídico le acuerda.

Por tanto, la conducta materna será calificable de culposa cuando omita adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño a su hijo, eficazmente poner en conocimiento al padre de su paternidad como al poner en marcha las acciones legales en representación de su hijo que le son conferidas por la normativa para la tutela de sus derechos. Por otro lado, su conducta será dolosa cuando con deliberada intención a sabiendas de que el reconociente no es el progenitor del niño, lo induzca en error a fin de obtener un emplazamiento.
Por otro lado, se considera que la progenitora puede ser un sujeto pasivo del daño – tanto en forma directa como indirecta- en tanto puede ser ella misma damnificada por la omisión paterna en reconocer a su hijo. En ambos casos la lesión puede afectar su esfera patrimonial como extrapatrimonial.
No existe norma expresa, que le reconozca un derecho que resulte vulnerado por el incumplimiento paterno, sin embargo, esta ausencia normativa no descarta de plano la responsabilidad por daños que se le pudieran causar.
La progenitora es titular de un interés jurídicamente tutelado, o no contrario al ordenamiento jurídico, por tanto el daño que le sea causado por la conducta paterna es jurídicamente indemnizable.

La progenitora es titular de un interés consistente en que el progenitor de su hijo -con quien lo ha engendrado- lo emplace en el estado civil que le corresponde y le confiera los derechos que este conlleva, así como que colabore en las obligaciones y gastos que apareja la crianza. Este interés reviste las características de directo, personal y legítimo, y puede pertenecer a la esfera tanto patrimonial como extrapatrimonial cuya vulneración es indemnizable.
Las nuevas fronteras de la responsabilidad, que imponen la reparación de todo daño injustamente causado, implican la reparación del daño causado incluso a la progenitora.

En cuanto al daño patrimonial, este puede radicar en el daño emergente que implica asumir el sustento del hijo por sí sola, lo que afecta directamente su patrimonio, provocándole un perjuicio al verse privada de la colaboración del progenitor omiso quien debería aportar a la manutención del hijo mediante la prestación de los alimentos. Puede incluso recurrir a la figura del enriquecimiento

sin causa, en tanto media un enriquecimiento del progenitor, como corolario del ahorro que realiza al abstraerse de sus responsabilidades alimentarias.

También podría identificarse el daño padecido como lucro cesante, cuando mediare la pérdida efectiva de una ganancia futura, por ejemplo, al verse privada de continuar con su trabajo o de aceptar un ascenso -por carecer de los medios para conferir los cuidados necesarios a su hijo- .

En cuanto al daño extrapatrimonial causado a la progenitora puede darse en su dimensión tanto directa como indirecta.

Como daño extrapatrimonial directo se reconoce el dolor o padecimiento emocional que experimenta la progenitora como resultado de la negativa del progenitor a reconocer a su hijo, lo que puede incluso provocar un menoscabo a su honor y reputación. Se advierte un posible daño moral causado a la madre por el estigma social de ser madre soltera, particularmente en algunos sectores sociales, así como por la carga de asumir en forma exclusiva de los cuidados del hijo entre otras formas de afectación a su esfera extrapatrimonial.

Como daño indirecto se identifica el dolor o padecimiento que pueda sufrir en forma refleja por el dolor o sufrimiento y las dificultades que enfrenta su hijo debido al rechazo paterno.
Por otro lado, se releva la posible concurrencia de otros hechos ilícitos conexos al incumplimiento de la obligación de reconocer, como la lesión al honor; al nombre; a la honestidad; a las afecciones legítimas y a la intimidad. Estos hechos dañosos pueden tener repercusiones personales, sociales y familiares, así como un trato discriminatorio en el transcurso del proceso e incluso un abuso de las vías procesales tendientes a obstaculizar su acceso a la justicia, consideramos que estos daños claramente indemnizables.
No corresponde considerar la conducta de la progenitora como asunción del riesgo que configure una eximente de responsabilidad por el daño que la conducta paterna le irrogare. En efecto el mantener relaciones sexuales sin protección, por fuera de una relación sentimental consolidada o estando unido en matrimonio con otra persona, puede entenderse una asunción del riesgo por

parte de la víctima, pero no es un hecho de la víctima que impacte efectivamente en la relación causal entre el daño y el actuar dañoso.

Con relación a la progenitora como damnificada directa, media una hipótesis dañosa particular que es conexa al objeto del presente estudio creada por la nueva redacción conferida al art. 214 del CC por la ley 19.075 (de fecha 3 de mayo del 2013). La norma regula los acuerdos celebrados entre progenitores, que biológicamente se ven impedidos de concebir entre sí, permitiendo que ambos puedan emplazar en la calidad de hijo a quien concibieron mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante.

Le confiere la calidad de *"progenitores jurídicos"* del hijo concebido mediante estas técnicas, ya que uno o ambos miembros de la pareja carecerá de vínculo biológico con el niño así concebido, pero podrá emplazarlo en el estado civil de hijo en aplicación de la ficción jurídica creada por la norma.

Se requiere acuerdo expreso y escrito, por lo que en caso de posterior negativa u omisión del emplazamiento, puede darse lugar a un hecho ilícito por incumplimiento de la obligación contractualmente asumida.

En tales casos, no podrá ninguno de los miembros de la pareja exonerarse de responsabilidad alegando falta de vínculo biológico. El otro miembro de la pareja -reconociente del hijo y cumplidor del acuerdo previsto en el art. 214 del CC- tendrá una clara legitimación activa para reclamar por los daños que el incumplimiento de su contraparte le irrogare en virtud de configurar un incumplimiento contractual y en consecuencia serán de aplicación las normas contenidas en los arts. 1342 y ss. del CC.

V. El daño

En materia de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, existe un vacío normativo que deja librada la calificación, identificación y cuantificación de los daños a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial.

El ordenamiento jurídico uruguayo en los arts. 1323, 1345 y 1346 del CC utiliza un criterio amplio para determinar el daño resarcible, incluyendo todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia padecida por un sujeto, tanto sobre sí mismo como sobre sus bienes.

Puede identificarse como daño indemnizable, tanto aquél causado por la vulneración de un derecho subjetivo e incluso hasta la afectación de simples intereses no contrarios al ordenamiento jurídico.

Se requiere que el daño sea personal, es decir, el menoscabo o lesión en que consiste el daño recaiga sobre un derecho o interés que integra la esfera jurídica de un individuo.

También se exhige la certeza de su existencia, debe ser cierto y no eventual o hipotético, provenir de un suceso fáctico que causa la privación efectiva de un bien. Sin perjuicio de que éste pueda ser presente -ya acaecido- o futuro, porque todavía no ha sucedido pero se infiere su acaecimiento más adelante en el tiempo.

En cuanto al daño por la pérdida del afecto, su procedencia ha sido ampliamente cuestionada en el entendido que son disposiciones interiores que escapan *al* derecho o bien porque constituyen obligaciones morales*.* Sin embargo, si bien no existe un deber a conferir afecto a los hijos, sí existen expresamente previstas obligaciones legales de cuidado, orientación, corrección, educación, que se desprenden de la relación padre- hijo y que no se limitan al mero reconocimiento. En suma, sobre el padre no pesa únicamente la obligación de reconocimiento sin más, con la sola concreción del reconocimiento no se libera de la obligación de reparar los restantes daños que cause con los subsecuentes incumplimientos en que incurre, en virtud de aquella primigenia omisión de reconocimiento.

Sin embargo, se ha planteado que se le causa al hijo "*la pérdida de chance afectiva"*, porque media una pérdida de la posibilidad recibir apoyo, guía y cariño de su padre y otras carencias con respecto a la vida afectiva del hijo no

reconocido, no obedece a la pérdida del beneficio concreto, porque solo se ha perdido una oportunidad.

El daño padecido por el hijo por el rechazo paterno constituye daño en el sentido jurídico y por tanto es indemnizable, no porque exista un deber de conferir afecto, sino porque pesan sobre los progenitores los deberes inherentes a la paternidad, no se refieren estos al fuero íntimo sentimental, sino a su exteriorización mediante actos de cuidado, educación, apoyo, orientación, los cuales de omitirse redundan en un daño causado directamente al hijo.

El daño padecido por el hijo por el rechazo paterno constituye daño en el sentido jurídico y por tanto es indemnizable, no porque exista un deber de conferir afecto, sino porque pesan sobre los progenitores otras obligaciones de origen legal, identificadas como los deberes inherentes a la paternidad. Estos no refieren al fuero íntimo sentimental del progenitor, sino a su exteriorización mediante actos de cuidado, educación, apoyo, orientación, los cuales de omitirse redundan en un daño causado directamente al hijo. La postura contraria implica imponerle a la víctima soportar un daño que incluso se considera acreditado *in re ipsa* por la propia naturaleza de los hechos que lo causan.

El principio rector en materia de responsabilidad civil es el de la reparación integral del daño. Encuentra consagración en las previsiones de los arts. 1323, 1342, 1345 del CC y fundamentalmente del art. 1319 del CC, y posee raigambre constitucional, surgiendo de la interpretación conjunta de los arts. 7, 72 y 332 de la constitución nacional.

Este principio se vincula con la propia función reparatoria de la responsabilidad civil, e implica que el resarcimiento sea integral, es decir, que se repararse todo el daño, pero a su vez el daño es la medida o límite del resarcimiento no puede constituir una sanción para el responsable ni un lucro para el damnificado.

En el contexto del incumplimiento a la obligación legal de reconocer a los hijos, este principio cobra especial relevancia, ya que el daño causado al hijo por la omisión paterna puede ser multifacético y afectar diferentes derechos e intereses

del hijo, así como aspectos de su vida, cuyo menoscabo constituye daño indemnizable y debe ser realmente indemnizado, evitando las indemnizaciones meramente simbólicas.

En este marco pueden causarse a los hijos daños tanto en su esfera patrimonial como -y fundamentalmente- extrapatrimonial. Para su distinción se adoptó el criterio de la estimación pecuniaria en el mercado de las situaciones jurídicas que integran uno u otro. Los daños pueden ser variados, de distinta índole en cada caso concreto.

El daño material indemnizable no presenta particularidades a analizar se identifica como daño patrimonial el menoscabo patrimonial padecido por el hijo, puntualmente aquellos gastos en los que hubiere incurrido en el tratamiento del daño psíquico o psicológico que le hubiere provocado el rechazo paterno, que provocan un consecuente empobrecimiento.

En el caso de que las patologías provocadas por este daño extrapatrimonial causaren en el hijo una disminución de su capacidad laboral o académica esta repercusión podrá constituir daño patrimonial calificándose como lucro cesante o pérdida de la chance.

En el caso de no lograrse por el hijo el emplazamiento en el correspondiente estado civil, se identifica como posible daño patrimonial el menoscabo consistente en la pérdida de la vocación hereditaria. Ésta deriva de la filiación jurídica, nace con el emplazamiento y solo será recíproca si el emplazamiento tiene lugar voluntariamente y durante la vida del hijo conforme a lo previsto por los arts. 1025 y 1026 del CC.

Por daño extrapatrimonial se considera todo menoscabo o cambio adverso mensurable en el ámbito extrapatrimonial de un sujeto. Tiene alcances mucho más amplios y profundos que el dolor o sufrimiento, es más complejo. Dentro de éste se identifica la afectación a los derechos personalísimos del hijo, sin pretender una enumeración taxativa, se han analizado el menoscabo a los siguientes derechos subjetivos del hijo: identidad, a la filiación jurídica, a

pertenecer a una familia, daño emocional, daño existencial y daño al proyecto de vida.

En cuanto al derecho a la identidad del hijo, ya se ha relacionado la normativa legal, constitucional e internacional que lo reconoce como derecho subjetivo. El menoscabo indemnizable se concibe tanto en su dimensión estática -referida al origen y al nombre-, así como en su dimensión dinámica vista como la proyección social del sujeto, sobre la cual recaen las lesiones constitutivas del daño existencial.

El derecho a la filiación jurídica implica ejercer los derechos inherentes al correspondiente estado civil, como el uso del apellido, el ser considerado hijo de su padre en el ámbito social.

El derecho de cada individuo a pertenecer, a crecer y desarrollarse en un entorno familiar se encuentra expresamente reconocido por el ordenamiento jurídico uruguayo. Es fundamental para el desarrollo integral de un niño su pertenencia a un ámbito familiar. Este derecho no se limita meramente a vivir en un entorno familiar, sino que implica el acceso a los vínculos afectivos, la protección y la identidad que proporciona la pertenencia a una familia específica. El incumplimiento del progenitor menoscaba este derecho al impedirle integrarse plenamente a su familia biológica, lo priva de los beneficios que la pertenencia a una familia apareja.

En cuanto al daño emocional, entendido como la tradicional concepción del daño moral se identifica como el sufrimiento, dolor o perturbación emocional causada al hijo por el incumplimiento paterno.

No corresponde exigir una afectación grave y permanente constitutiva de una patología mental para considerar que ha mediado un daño extrapatrimonial configurado por la lesión emocional causada al hijo. Este daño se aprecia de forma separada de la vulneración de los restantes derechos extrapatrimoniales del hijo, sin que implique duplicación de la indemnización por cuanto posee autonomía conceptual.

Se relevan pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios en los que el padecimiento causado al hijo se presume de la naturaleza de los propios hechos, infiriéndose su acaecimiento por la propia ocurrencia de los hechos e incluso -en algunos casos- en cuanto a su cuantía.

Cuando la afectación del ánimo sea tal que posea otras repercusiones como en sus habilidades laborales, rendimiento académico, en particular si alcanzara el grado patológico, puede repercutir en la esfera patrimonial, provocando un daño emergente, lucro cesante, o pérdida de chance. Corresponderá su apreciación y avaluación de forma separada e independiente de la afectación extrapatrimonial, así como la indemnización de ambos menoscabos padecidos.

En cuanto al daño existencial, éste constituye una categoría diversa dentro del daño extrapatrimonial, pudiendo estar vinculado con el daño psíquico pero no es un requisito para su configuración. Este daño resulta de la alteración en el modo de vida del sujeto, afectando su desarrollo social y relacional, excede al impacto en la psiquis, porque abarca la privación de los afectos, la limitación en el relacionamiento social, cultural, religioso o deportivo, y la pérdida de oportunidades de desarrollo personal. Este daño implica una afectación a las actividades cotidianas de cualquier tipo en desmedro del desarrollo personal.

En cuanto al daño al proyecto de vida, se vincula estrechamente con la protección de la libertad del sujeto, que incluye la libertad de elegir un proyecto de vida, se encuentra consagrada en los artículos 7 y 10 de la Constitución, y se trata de un derecho "inherente a la personalidad humana". Es una categoría separada y específica del daño a la persona, independiente y diverso de otras lesiones a la esfera extrapatrimonial del sujeto.

El daño al proyecto de vida implica una lesión de las expectativas y proyecciones que la víctima tuviere en relación a su vida, ya sea en el ámbito personal, familiar, profesional o académico. Refiere al fuero íntimo de la persona, no su aspecto externo o social, implica la frustración de las proyecciones internamente realizadas para su propia vida.

Se relevan en el marco del análisis los requisitos que se han debatido en doctrina y jurisprudencia para entender indemnizable el daño al proyecto de vida, se ha requerido que la víctima presente potencialidades o posibilidades reales para la concreción del proyecto, que las aspiraciones de concreción sean razonables. El obstáculo que lo afecte debe ser exterior y derivado directamente del hecho dañoso.

El daño debe ser cierto y normalmente será un daño futuro, generalmente continuado o sucesivo ya que sus consecuencias acompañan al sujeto durante su vida e incide en la libertad de la víctima del daño.

En cuanto a su indemnización, no debe avaluarse en términos económicos o patrimoniales de como habría de beneficiarse la víctima del daño de la concreción de su proyecto de vida. Por el contrario, se refiere a la realización personal estando directamente implícito el menoscabo a la libertad de su proyecto, de cómo fuere trazado, esto le causa un daño puramente extrapatrimonial. Esta indemnización es independiente del menoscabo patrimonial que pudiere habérsele causado por la pérdida de chance o lucro cesante lo cual podrá ser concomitantemente indemnizado, sin que implique duplicación de la indemnización o lucro de la víctima.

En cuanto a la determinación de la indemnización del daño extrapatrimonial, existe un vacío normativo que deja librada la cuantificación del daño moral a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial. No deben soslayarse los problemas fundamentales que presenta, por cuanto implica medir monetariamente el sufrimiento humano, la imposibilidad de su determinación en términos cuantitativos exactos, así como la aplicación de criterios que posean validez general.

La medida de la indemnización ha de ser la del daño padecido, no se mide en base a la entidad de la obligación incumplida o la conducta dañosa desplegada, acorde con el principio de reparación integral del daño. Por el mismo fundamento, no debe constituir un enriquecimiento del damnificado, ni tampoco una mera expresión simbólica, sino ajustarse al daño padecido.

Debe realizarse una prudente valoración de las pautas generalmente adoptadas para determinar la cuantificación de este daño y aplicarlas al caso concreto.

Se realiza una salvedad, ante algunas posturas expuestas en doctrina y jurisprudencia, la oportuna presentación del progenitor como demandado en el proceso judicial de investigación de la paternidad o su colaboración con la actividad procesal no constituye como atenuante o eximente de responsabilidad.

Para una correcta cuantificación del daño extrapatrimonial en primer lugar, ha de evitarse la liquidación global del daño, para ello deben identificarse y clasificarse adecuadamente los daños padecidos por el damnificado en su esfera extrapatrimonial, y luego asignarle un quantum adecuado a la indemnización de cada vulneración.

En suma, la determinación del quantum indemnizatorio inevitablemente recae ampliamente sobre la subjetividad del Juez, pero siempre requiere un esfuerzo argumentativo y probatorio, basado en parámetros objetivos a efectos de evitar incurrir en arbitrariedades.

Para cuantificar el daño extrapatrimonial se recurre a precedentes jurisprudenciales en los que se indemnizan situaciones similares. Con este método se busca establecer cuáles valores medios consagrados por los jueces en casos análogos o similares, agrupando los pronunciamientos, se los tipifica y se comparan.

Sin embargo, este método debe basarse en antecedentes jurisprudenciales que versen sobre situaciones fácticas similares; y analizar las circunstancias particulares de cada categoría y subcategoría del daño sin recurrir a una liquidación global, y liquidar específicamente cada ítem por separado.

Pero la analogía no versa en el marco en que se configura el daño, las relaciones de familia como se da en las referencias jurisprudenciales, sino específicamente en el daño causado, ponderado de acuerdo a las características particulares del caso. Por último se destaca que las sumas deben actualizarse atento a la pérdida de poder adquisitivo que ocasiona la inflación.

Particularmente, la hipótesis dañosa en estudio escapa al agrupamiento necesario para tomar como referencia los antecedentes jurisprudenciales, como consecuencia, se asimila la ausencia voluntaria del progenitor, el incumplimiento de sus obligaciones con su pérdida física, en algunos antecedentes jurisprudenciales extranjeros.

También se recurre a parámetros objetivos para la apreciación del daño extrapatrimonial. Específicamente en la hipótesis en estudio se han identificado: el tiempo transcurrido en el que el progenitor mantuvo el incumplimiento de sus obligaciones; la actitud omisa desplegada por la progenitora (como hipótesis de co-causación o agravamiento del daño); la edad del hijo al momento del efectivo emplazamiento; la entidad del daño emocional o moral entendido como dolor o padecimiento del ánimo; el cumplimiento de deberes de cuidado (incluso el trato dispensado); la piedad familiar, la conducta desplegada por el progenitor omiso.

En cuanto al tiempo, se concluye que el período de tiempo desde que el progenitor adquiere conocimiento de su posible paternidad hasta el efectivo emplazamiento no solo refleja la prolongación del daño sufrido por el hijo, lo que agrava el perjuicio, sino que incluso puede dar lugar al nacimiento de algunos tipos de daño extrapatrimonial, o su consolidación con el paso del tiempo.

Con respecto a la actitud omisa de la progenitora, a pesar de que el planteamiento no integra los criterios de avaluación del daño, sino que se trata de un aspecto concerniente a la causalidad, es tratado por la doctrina y jurisprudencia al referirse a la determinación de la indemnización. Se considera que la reducción del daño a ser indemnizado por el progenitor incumplidor, se da por la incidencia causal de la conducta de la madre en la promoción de las pretensiones específicas, a efectos de prevenir o evitar la causación del daño a su hijo, lo que motiva la referencia al punto.

En referencia a la edad del hijo como criterio objetivo de determinación de la indemnización, se ha llegado a cuestionar la ocurrencia del daño extrapatrimonial, por carecer el damnificado de discernimiento a causa de su corta edad. Corresponde rechazar esta postura por cuanto en el derecho

uruguayo la corta edad del hijo o su falta de discernimiento no es óbice para la indemnización del daño causado a éste por la pérdida material de su progenitor, incluso admitiéndose la indemnización al hijo concebido no nacido. Por lo que, haciendo un paralelismo debe indemnizarse el daño causado al hijo no reconocido, por tratarse de un daño cierto o razonablemente probable que se manifestará en un futuro.

Sin embargo, este criterio objetivo puede resultar útil en algunos casos, como los relevados por doctrina en los que se considera la edad del hijo no reconocido, la adolescencia, caracterizada por la extremada susceptibilidad y sensibilidad los cuestionamientos de su propia personalidad entre otros aspectos.

La valoración de este elemento objetivo también es de utilidad porque en los primeros años de vida ciertos aspectos de hecho que acrecientan el daño no se han configurado aún, *éste* se acentúa cuando comienza su vida estudiantil y social.

Referente a la entidad del daño emocional o moral entendido como dolor o padecimiento del ánimo, se concluye que el agravio moral se presume in re ipsa, de presentarse alguna sintomatología asociada puede valorarse para morigerar o aumentar su monto.

Sobre la influencia que puede tener que el progenitor le haya conferido el trato de hijo a pesar de permanecer incumpliendo su obligación legal de reconocerlo, este se ha relevado como elemento objetivo para avaluar la indemnización del daño extrapatrimonial. Las hipótesis dañosas son diversas, por cuanto las obligaciones que trae aparejada la calidad de progenitor - cuidado, educación, cariño, y de ejercicio del rol paterno- constituyen un hecho dañoso diverso, éstas son conexas a la omisión en reconocer al hijo. Debe apreciarse el conjunto de circunstancias a efectos de determinar el quantum del daño extrapatrimonial, incluyendo la conducta del progenitor hacia ese hijo no reconocido. El haberle conferido trato de hijo, sin emplazarlo en el estado civil correspondiente, demuestra una clara intención en evadirse de sus obligaciones como progenitor, incluso una actitud discriminatoria hacia este hijo al no conferirle el uso de su

apellido, vulnera su derecho a la identidad y es claro que provoca un daño moral, entendido como daño emocional, a ese hijo. Todo lo cual debe entenderse como un elemento objetivo que permite aumentar la indemnización del daño moral causado al hijo.

La *pietat familiae* ha sido un argumento utilizado de forma recurrente para disminuir el quantum de las indemnizaciones en materia de daños causados en el marco de las relaciones de familia. Sin embargo, contrariamente al uso que se le ha dado a este principio, se concluye que lejos de reducir el monto indemnizable en virtud de los daños que fueron causados en el marco de las relaciones de familia, este aspecto debería ponderarlo. Porque la conducta dañosa es desplegada por quien tenía la obligación de proteger a la víctima, por estar unido por un vínculo familiar y más aún por constituir una obligación de fuente legal como es el caso de los progenitores para con sus hijos.

Por último, se identifica como daño posible de ocurrir en la hipótesis dañosa en estudio la "*pérdida de una chance"* . Este daño refiere a la privación de la probabilidad de obtener un beneficio o ventaja o de evitar un perjuicio cuya concreción es aún incierta al momento de hecho dañoso.

Se ha considerado que el incumplimiento paterno causa al hijo la "pérdida de la chance afectiva" de poseer un vínculo afectivo con su progenitor biológico, por cuanto ha perdido una oportunidad o chance y no un beneficio existencial concreto, el hijo tiene una aspiración de conseguirlo de haberse proseguido un curso fáctico expectable y verosímil que el suceso lesivo interrumpió. Se ajusta a la categoría "de chance" por cuanto se carece de la certeza sobre su efectivización.

Con respecto a la privación de la percepción de los alimentos a cuya prestación se encuentra obligado el progenitor, no corresponde catalogarlo de daño patrimonial porque en puridad se le causa un menoscabo en su esfera extrapatrimonial y no en su patrimonio. Mediante la privación de los alimentos no se causa un menoscabo al patrimonio del hijo, sino al de su progenitora quien debe procurarle el sustento sin el aporte correspondiente al progenitor.

Puede incluso mediar pérdida de chance si la privación de los alimentos debidos al hijo redundare en la obstaculización del acceso a un beneficio en concreto o la posibilidad de evitar un perjuicio. El más claro ejemplo se encuentra en las carencias económicas dadas por la falta de aporte paterno que pueden impedir el acceso del hijo a la educación, lo que incluso puede llegar a traducirse en el daño al proyecto de vida.

En cuanto a la indemnización de la pérdida de la chance, dado que lo frustrado es la posibilidad y no el beneficio concreto la indemnización se calcula sobre la base de una fracción aproximada de la ganancia esperada de haberse concretado la chance frustrada, nunca será equivalente al beneficio en su totalidad. La determinación del quantum dependerá no solo del valor dado al beneficio concreto esperado, sino también de las probabilidades que tenía el damnificado de obtención de ese beneficio. De esta forma cuanto mayor fueran las probabilidades de obtención de la chance más se acercará la indemnización al valor total del beneficio esperado.

VI. Causas de exclusión de la responsabilidad

En cuanto a las causas de exclusión de la responsabilidad paterna, se identifican posibles supuestos que enervan la ilicitud del incumplimiento paterno, porque el incumplimiento es legitimado por el ordenamiento jurídico que lo autorizada o aprueba.

Las previsiones de los art. 227 del CC (en redacción previa a la conferida por el CNA) y el 219 del CC resultan obstáculos normativos que imposibilitan el cumplimiento del deber paterno, enervan la ilicitud de su incumplimiento por cuanto lo autorizan o aprueban. Se trata de una decisión legislativa, mediante la cual se elige proteger la estabilidad e identidad familiar y social de la familia legítima, por sobre la verdad biológica y la identidad del hijo.

En cuanto al derogado art. 227 del CC, el mismo prohibía a texto expreso que los progenitores unidos en matrimonio el reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

Mientras que en la actualidad el art. 219 del CC, limita la legitimación para impugnar su estado civil únicamente al hijo legítimo, por lo que, en caso de que el hijo hubiere sido reconocido por el marido de su madre como hijo legítimo, y ostente la posesión de dicho estado civil, el progenitor biológico carece de legitimación para impugnarlo y en consecuencia, se ve imposibilitado de cumplir con su obligación de reconocer.

En caso de que posea el título de hijo legítimo o matrimonial de otra persona, pero no se encuentre en posesión de estado, el art. 220 del CC le confiere legitimación para iniciar la acción de desconocimiento de la relación filiatoria tanto al hijo como a cualquiera de los progenitores biológicos hasta la mayoría de edad de aquél. Pero la norma no contempla el momento en que el progenitor adquiere conocimiento de su paternidad.

Como corolario, en tales casos no procede la indemnización del daño causado al hijo por el incumplimiento de reconocerlo, porque es la norma la que crea un obstáculo insalvable para el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el progenitor biológico.

Sin embargo, el efecto de estas causales que enervan la ilicitud de la conducta no abarca a los restantes obligaciones legales que pesan sobre los progenitores a prestar la educación y cuidados debidos a sus hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal intelectual y social. Estas obligaciones se les imponen a los progenitores independientemente de que posean el correspondiente estado civil, por aplicación de las disposiciones de los arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional. En estos casos puede ser procedente la acción de enriquecimiento sin causa por el incumplimiento de proveer alimentos contra el progenitor incumplidor conforme a las previsiones del art. 1308 del Código Civil.

Por otro lado, se relevan la posibilidad de configuración de la causa extraña no imputable, que –por enmarcarse en la responsabilidad obligacional- provoca el incumplimiento de la obligación legal impuesta al progenitor. Supuesto que exonera de responsabilidad al deudor, conforme a lo previsto por el art. 1342 del

CC por cuanto el incumplimiento no le es imputable al deudor, por cuanto el casus afecta a la autoría del incumplimiento que es provocado por el caso fortuito y no por el obligado.

La configuración de la causa extraña no imputable requiere su ajenidad con respecto al deudor, así como su irresistibilidad e imprevisibilidad.

La característica de irresistibilidad, si bien es normalmente considerada en términos objetivos y abstractos, conforme a los parámetros de una persona media, hay autores que en materia contractual propugnan una relativización de estos parámetros. De esta forma ha postulado una ponderación de las circunstancias particulares de cada obligado y de cada obligación para emitir un juicio sobre la irresistibilidad y la diligencia que debió desplegar para dar cumplimiento a la obligación. Es decir, aun siendo posible el cumplimiento de la obligación en determinadas circunstancias, puede exonerarse al deudor de responsabilidad porque en el caso concreto salvar el obstáculo, que configura el casus, requiere de medios o actividades no compatibles con el tipo de obligación contraída o el tipo de deudor.

Esta flexibilización se considera de especial relevancia para el objeto del presente estudio, a los efectos de ponderar las circunstancias que llevaron al incumplimiento de la obligación de reconocer. En efecto, determinados obstáculos pueden constituir un caso fortuito en tanto irresistibles para ciertos progenitores, mientras que para otros serán salvables, en tanto lo que es posible para personas con un cierto nivel de recursos económicos, no siempre será posible para una progenitor de escasos recursos, ya sean económicos como socio culturales.

Sin perjuicio de reiterar que pesa sobre el progenitor el deber de desplegar toda la diligencia de un buen padre de familia para hacer posible el cumplimiento de su obligación conforme lo prevé el art. 1344 del CC.

Los supuestos de causa extraña no imputable se identifican como el caso fortuito en sentido estricto, hecho de la víctima (el hijo) o el hecho de un tercero (ajeno

al vínculo hijo-progenitor). En estos casos el caso fortuito o causa extraña no imputable al deudor es lo que da lugar al incumplimiento de la obligación afectando el factor de atribución (art. 1342 del CC) exonerando de responsabilidad al obligado por la falta de cumplimiento de su obligación.

En cuanto a supuestos de caso fortuito puede mediar el caso fortuito en sentido estricto, o hecho de la naturaleza, impedimentos ajenos a la voluntad del progenitor que le impidan ejercer su derecho-deber de reconocer a su hijo en cumplimiento de su obligación. En tal sentido se identifica un quebranto de salud que revista tal gravedad que le impida efectuar el reconocimiento de su hijo a pesar de contar con la voluntad de realizarlo; que no cuente con conciencia para realizar un reconocimiento válido, por estar privado de discernimiento. Así también se configura cuando se encuentre imposibilitado de efectuar el reconocimiento en razón de la distancia por encontrarse fuera del país e imposibilitado de desplazarse.

No podrá serle imputada responsabilidad durante el lapso que durare este impedimento y el daño causado al hijo no le será imputable. En el caso de pérdida de capacidad fuera temporal, el daño sería imputable si una vez recobrada o adquirida la capacidad persistiere en su incumplimiento y no ejecutare el reconocimiento del hijo conforme a la obligación legal, pero sólo a partir de su recuperación.

También se identifica como causa extraña, el hecho de la víctima, el hijo no reconocido. Para su configuración se requiere únicamente que ésta no le sea imputable al ofensor, a través de la interpretación conjunta de los arts. 1342 art. 1322 y 1343 nal 2 del CC.

Como consecuencia de su configuración dado que el incumplimiento se debe al hecho de la víctima, se interrumpe la relación de atribución entre el incumplimiento y el daño, provocando la exoneración total o parcial de responsabilidad al deudor por tales daños conforme a lo previsto por los arts. 1343 y 1346 del CC.

Se reconoce como de difícil ocurrencia una conducta del hijo que pueda identificarse como hecho de la víctima que posea tal incidencia causal. Se aclara que el rechazo del hijo hacia su padre no constituye causa extraña, porque no puede entenderse que media ajenidad, irresistibilidad ni imprevisibilidad.

Por último, con respecto al hecho del tercero el mismo se configura cuando el incumplimiento es provocado por la intervención de una conducta desplegada por un sujeto ajeno al vínculo obligacional, se configura el hecho del tercero como causa extraña eximente de responsabilidad del deudor.

Reviste la calidad de tercero cualquier sujeto diverso de la víctima -hijo- y del obligado- progenitor no reconociente. Se identifican como posibles terceros a la progenitora y a quien reconoce al hijo como propio sin serlo, normalmente la pareja o marido de la progenitora.

La conducta del tercero debe revestir la entidad suficiente para determinar el incumplimiento; es decir, no cualquier actuación ajena resulta idónea para interrumpir el nexo causal entre el obrar del deudor y el incumplimiento. No se requiere que haya mediado culpa o dolo en el accionar del tercero, sino únicamente que su intervención sea la causa determinante del incumplimiento.

La reticencia materna no puede reputarse una causa extraña que provoque el incumplimiento de las obligaciones parentales, porque no afecta el factor de atribución, el progenitor aún ante la reticencia de la madre debe desplegar toda la diligencia del buen padre de familia para dar cumplimiento a sus obligaciones.

Tampoco interrumpe el nexo causal, por cuanto no resulta irresistible, dado que no se requiere el consentimiento o aquiescencia de la progenitora para efectuar el reconocimiento voluntario ante el oficial del registro de estado civil. Incluso ante los casos de genuinas dudas sobre la paternidad, el progenitor tiene a su disposición acciones judiciales para sortear el obstáculo creado por la conducta reticente de la progenitora.

En caso de que no revista la calidad de irresistible, el hecho del tercero podrá configurar una concausa del daño, respondiendo ambos por el daño causado al hijo, acorde a lo previsto expresamente por el art. 1331 del Código Civil.

Uno de los más claros supuestos del hecho del tercero radica en la conducta desplegada por la progenitora cuando obstaculiza en forma efectiva el reconocimiento, oculta el embarazo, el vínculo biológico o incluso le asigna la paternidad a otro sujeto.

Se requiere que la conducta materna sea efectiva y logre un real ocultamiento, no basta cualquier obstaculización al reconocimiento para calificar su conducta como eximente de responsabilidad paterna. Si el progenitor tuviera noticia de su posible o probable paternidad, aunque tuviere razonables dudas sobre el vínculo, acorde a las conclusiones antes arribadas, deberá prestar una conducta diligente a efectos de confirmar o descartar el vínculo biológico.

No se requiere el consentimiento de la progenitora para proceder al reconocimiento ante el oficial del estado civil, en consecuencia, la mera oposición o reticencia de la progenitora al reconocimiento paterno no constituyen obstáculos que revistan la entidad de irresistibles y por tanto no excluyen la responsabilidad del padre.

Este ocultamiento puede consistir en una conducta pasiva –cuando no notifica- o activa -asigna la paternidad a un tercero-. A la conducta materna puede sumarse la de otro tercero, el marido o pareja de la madre, que reconoce al hijo como propio, lo que puede darse desconociendo la ausencia de vínculo biológico o incluso a sabiendas de su inexistencia.

Este reconocimiento, podrá ser considerado un hecho del tercero que provoca el incumplimiento de la obligación legal de reconocer, porque genera un ocultamiento de la paternidad.

En estos casos, si el hijo ha sido reconocido como hijo matrimonial y además ostenta la posesión de estado, la ley le confiere únicamente legitimación activa al hijo para la impugnación de tal estado civil (art. 219 del CC). Por tanto, se

configura un obstáculo irresistible para el cumplimiento de la obligación legal del progenitor, configurado por la acción de este tercero.

Para sea catalogado como hecho del tercero, la conducta de la progenitora debe dar origen al incumplimiento de la obligación de reconocer. No podrá entenderse que medió causa extraña cuando meramente dificulte el cumplimiento de la obligación, representando un obstáculo salvable. La conducta de la progenitora solo podrá considerarse un eximente de responsabilidad cuando por sí sola le hubiere impedido al progenitor desplegar la conducta debida, y revista las características de irresistible e imprevisible, es decir, le impida desplegar una conducta diligente para el cumplimiento de su obligación.

El casus podrá configurarse cuando la progenitora oculte eficazmente el embarazo, el nacimiento del hijo, o su propia existencia. También cuando oculte de forma eficaz el vínculo biológico con el progenitor, siendo una de las formas más frecuentes la asignación de la paternidad a otra persona.

Por otro lado, en el caso de que la progenitora omita desplegar una conducta diligente en cuanto a notificar al padre de la existencia del hijo y de su paternidad, la madre puede provocar un daño al hijo, por cuanto el padre podría exonerarse de responsabilidad en base a su desconocimiento, ante lo cual el daño generado deberá ser soportado por el hijo.

Sobre la demora materna en iniciar las acciones de investigación de la paternidad, resulta a lo menos cuestionable que la mera demora constituya un eximente de su responsabilidad por el lapso en que se mantenga omisa. Esta omisión materna no constituye fuerza mayor, ni caso fortuito, no hay imprevisibilidad ni irresistibilidad, hay un daño causado por un incumplimiento de una obligación legal llevado a cabo por el padre -mediante culpa o dolo- que causa un daño cuyo nexo causal no puede considerarse interrumpido por la conducta materna.

A su vez, cabe señalar que la oposición de los padres al reconocimiento efectuado por progenitores menores de edad no representa un obstáculo que

configure el hecho del tercero, porque el adolescente está legalmente facultado y obligado a reconocer a su hijo, con previsión expresa en el art. 30 del CNA. Mientras que en el caso de mujeres menores de doce años y los varones menores de dieciséis, "*no podrán realizar reconocimientos válidos sin aprobación judicial"*, por tanto, la oposición o reticencia familiar al reconocimiento no configura el hecho del tercero.

Por último se releva como causa que excluye la responsabilidad del progenitor el desconocimiento de su obligación.

Se requiere en forma unánime la configuración de factor de atribución subjetivo, descartando la posibilidad de imputación del daño mediante factores objetivos de atribución. En consecuencia, en caso de desconocer genuinamente el progenitor su paternidad -vínculo biológico con el niño- no hay responsabilidad del mismo por cuanto se requiere que medie voluntad en su accionar para la configuración del factor subjetivo de atribución en el incumplimiento de su obligación.

Mientras el progenitor desconozca que nació su obligación no puede reclamársele su cumplimiento, porque desconoce la circunstancia fáctica – vínculo biológico o paternidad- que es el presupuesto de hecho que crea el deber jurídico específico de reconocer al hijo. Es decir, el conocimiento del presupuesto de aplicabilidad del conjunto de normas jurídicas que le imponen al padre la obligación de reconocer .

Se habrá configurado una causa de inculpabilidad cuando el progenitor no tenga conocimiento del embarazo o nacimiento del hijo, de su probable vínculo biológico con el mismo.

En tales casos, el daño causado al hijo podrá serle imputado a la madre por no desplegar las conductas tendientes a evitar el daño que la omisión paterna le produjo a su hijo, siendo el más claro ejemplo el ocultamiento activo del vínculo o la omisión de notificarlo fehacientemente o la demora en iniciar acciones de

investigación de la paternidad, dado que hasta que el niño adquiera la mayoría de edad es su deber ejercitar las acciones en defensa de sus derechos.

En consecuencia, podrá imputarse de responsabilidad a la progenitora porque en forma negligente incumple su deber de actuar en representación de su hijo y de prevenir el daño y/o morigerar su impacto. En estos casos se habrá configurado una hipótesis de cocausación del daño padecido por el hijo, identificándose como causa del daño el incumplimiento paterno de la obligación legal de reconocerlo y el incumplimiento materno de actuar en defensa de los derechos de su hijo y de prevenir el daño.

De no configurarse un hecho del tercero que interrumpa el nexo causal, no podrá ser una defensa alegable por el padre, por aplicación el Principio General del Derecho contenido en la máxima *"nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans"*. Esto es, que nadie puede ampararse en su propia culpa para proyectar consecuencias gravosas sobre un tercero o bien para exonerarse de responsabilidad cuando le fuere endilgada.

Como corolario de esta máxima, el progenitor no podría defenderse alegando que la demora materna acrecentó el daño por su incumplimiento. Sin soslayar el deber materno de menguar o prevenir el daño, no es ésta una defensa válida para intentar la reducción de la indemnización por la que se responsabiliza al padre por su incumplimiento, si este conocía de su posible paternidad. Sin perjuicio de considerar que media sobre la progenitora el deber de desplegar un actuar diligente para prevenir o evitar el daño causado al hijo.

Será una decisión del hijo a la hora de reclamar la indemnización por el total de los daños causados, eligiendo demandar a ambos conjuntamente, cada uno por su propia participación en el daño, ante la cocausación del daño.

Se estiman de franco rechazo las posturas que postulan como causa de inculpabilidad la colaboración del progenitor en el proceso de investigación de la filiación, el allanamiento a la demanda sujeto al resultado positivo de la prueba

de ADN, o incluso cuando una vez notificado de dicho resultado procede al reconocimiento voluntario ante el oficial del registro civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABIMORAD, I. (2016). Daño moral por la pérdida de "Chance", *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación (2ª ed.),* Director: Andrés Mariño López, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 337-375.

ALFERILLO, P. E. (2019). El daño psíquico. Autonomía conceptual y resarcitoria, *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación*, Tomo 1, La Ley Uruguay, Montevideo, 2018, p. 223 y ss.; recuperado de La Ley On Line, Cita Online: UY/DOC/132/2019.

ALTERINI, A. A. – LOPEZ CABANA, R. M. (1992) Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de familia, *A. A. Alterini – R. López Cabana, Derecho de Daños*, Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina, pp. 237 – 249.

ALTERINI, A. A. – AMEAL, O.J.- LOPEZ CABANA, R. M. (1996). *Derecho de obligaciones Civiles y Comerciales (1ª ed., 1ª re impresión)*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.

ALTERINI, A. A. (2018) El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual, en *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho de daños (1ª ed.)*, Tomo II (E-book), Montevideo, Ed. La Ley Uruguay.

ARREGUI, F. & ORTEGA, R. (2016). Daño al proyecto de vida. *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación (2ª ed.),* Director: Andrés Mariño López, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay., pp. 283-332.

BAGDASSARIÁN, D. (2003). Familia natural. Algunas diferencias entre padres naturales y legítimos. *Doctrina & Publicaciones Cade No. 23*, Montevideo, Ed. CADE, disponible en Base de Datos CADE.

BALBELA, J. - PÉREZ MANRIQUE, R. (2005). Código de la Niñez y la Adolescencia. Anotado y Comentado. Ley 17.823, Montevideo, Ed. B de F.

BARCELÓ, J. (2016). La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 4 *ter*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch pp. 284-309.

BASSET, U. (2009). La humanización del derecho de familia: imperiosa tarea de la comunidad jurídica, recuperado de: https://repositorio.uca.edu.ar.

BASSET, U. (2013). Responsabilidad endofamiliar: perspectivas y prospectivas, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones No. 1 (Enero-Diciembre 2013),* Montevideo, Ed. FCU, pp. 9-23.

BÍSCARO, B. (1999). Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo, *Derecho de Daños, Economía Mercado, Derechos Personalísimos,* Coordinador: Ghersi, Carlos, Ed. Abeledo-Pierrot, pp. 435-442.

BLANCHARD, V. (2016). Daños por la falta de reconocimiento de hijo. Una mirada retrospectiva a la luz del daño moral, *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación (2da ed.),* Director: Andrés Mariño López, Ed. La Ley Uruguay, pp. 793-799.

BLANCHARD, V. (2016 B). Daños por la falta de reconocimiento de hijo, *Revista de Derecho de Familia y Personas 2016 (mayo), 09/05/2016, 52 - DJ10/08/2016, 13*; Buenos Aires, Ed. LA Ley Argentina, Cita: TR LALEY AR/DOC/1097/2016.

BLENGIO, J. E. (2016). El principio de la reparación integral del daño, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil,* Tomo IV, Año IV, Montevideo, Ed. FCU, pp. 33-42.

BORDA, G. A. (2008). *Tratado de Derecho Civil, Familia II (10ª ed.),* Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina.

BUERES, A. (2000). El daño injusto y la ilicitud de la conducta, *Derecho de Daños, Primera Parte*, Directores: Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz, Buenos Aires, Ed. Ediciones La Rocca, pp. 141-189.

BUERES, A. (2001). La localización del daño resarcible. *Estudios en Homenaje a Jorge Gamarra*, Montevideo, Ed. FCU.

BUSTAMANTE ALSINA, J. (1997 A) *Teoría General De La Responsabilidad Civil* (9ª ed.) Buenos Aires, Ed Abeledo- Pierrot.

BUSTAMANTE, J. (1997 B). El perfil de la Responsabilidad Civil al finalizar el Siglo XX, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Alterini*, Buenos Aires, Ed. Abeledo- Pierrot.

BUSCHIAZZO, E. (2019). Daño al proyecto de vida en *Revista Crítica de Derecho Privado* 12 Vol. 2, 69, Montevideo, Ed. La Ley, Cita Online: UY/DOC/284/2019.

CABEZA LORIENTE, D. (2013). Análisis Comparativo de las modificaciones introducidas por las Leyes No. 19.075 y 19.119, en sede de matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, filiación no matrimonial sociedad conyugal y nombre, *La Justicia Uruguaya, Tomo 148*, pp. D-97- D- 106, año 2013, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay.

CAFFERA, G. (2018). *Obligaciones* (1era ed.) Montevideo, Ed. FCU.

CAFFERA, G. – MARIÑO LÓPEZ, A. (1998). La obligación de resultado un paradigma en crisis, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVIII, Montevideo, Ed. FCU, pp. 467-482.

CALDERÓN GAMBOA, J. F. (2005). Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a los derechos humanos, México DF, Ed. Porrúa.

CALVO COSTA, C. (2007). Las nuevas fronteras del daño resarcible. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Revista Jurídica Argentina La Ley.

CARNELLI, S. (2009). Ámbito propio de la responsabilidad contractual y extracontractual, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXIX, Montevideo, Ed. FCU, pp. 828-840.

CASIELLO, J. J. (1997). Atipicidad del Ilícito Civil (Reflexiones sobre el "daño no justificado"), *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, pp. 157-164.

CASSANO, G. (2002). El daño existencial, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros Año IV, No. 2 marzo- abril de 2002*, Buenos Aires, Ed. La Ley, pp. 39-51.

CESTAU, SAÚL D. (1977). *Derecho de Familia y Familia*, Vol. II, (1a ed.) Montevideo, Ed. FCU, 1977.

CULACIATI, M. M. (2009). El daño moral ante la falta de reconocimiento voluntario del hijo, Publicado en: DJ13/01/2010, 53, Buenos Aires, Ed. LA Ley Argentina, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/4243/2009.

CURIEL, A. & JAUNARENA, D. (2018). Sobre el enriquecimiento sin causa en las relaciones familiares y como restituirlo, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, T. VI, Montevideo, Ed. FCU, pp. 543-553.

DE LORENZO, Miguel Federico (1996) *El daño injusto en la responsabilidad civil*, *alterum non laedere*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.

DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (1999). La moderna responsabilidad extracontractual, extracto de *La Responsabilidad extracontractual* (5ta ed.), Tomo I, Bogotá, Ed. Temis.

DÍAZ FERNÁNDEZ, H. (2020). Aportes para la determinación del dies a quo en los plazos de caducidad o prescripción en casos de hechos continuados, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo,* T. L, Montevideo, Ed. FCU, pp. 797-805.

DIEZ PICAZO, L. (1999). *Derecho de Daños* (1ª Ed.), Madrid, Ed Chivitas.

DIEZ PICAZO, L. (2018). La causalidad en la responsabilidad civil, en *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho de daños,* Tomo II (E-book), (1ª ed.) Montevideo, Ed. La Ley Uruguay.

ELORRIAGA DE BONIS, F. (1999). El daño por repercusión o rebote, *Revista chilena de Derecho,* Vol. 26, N.º 2, Santiago de Chile, Ed. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile; pp. 369 – 398.

FAMÁ, M. V. (2016). Daño moral a favor de la madre por la omisión del reconocimiento de su hijo: acertada decisión desde la perspectiva de género, *SJA 06/11/2013, 06/11/2013, 58*; Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina; cita online: TR LALEY AR/DOC/6521/2013.

FARNÓS, E. (2005). El precio de ocultar la paternidad, comentario a la SAP Valencia, Sec. 7a, 2.11.2004, Facultat de Dret Universitat Pompeu Fabra, en *InDret No. 2/2005*; Barcelona, Ed. InDret, recuperado de: www.indret.com.

FARNÓS, E. (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad, Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18a, de 16.1.2007, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra*, en InDret No. 4/2007*, Barcelona, Ed. InDret, recuperado de: www.INDRET.com.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1996). El daño al proyecto de vida, *Derecho PUC, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica,* N.º 50, Lima, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, recuperado de: http://dike.pucp.edu.pe.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2016 A). El daño moral, *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación (2ª ed.)*, Director: Andrés Mariño López, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 5- 38.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2016 B). Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral, *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación (2ª ed.)*, Director: Andrés Mariño López, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 89-222.

FILLIA, L. E. (2020). El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno, *Revista jurídica de Buenos Aires*, Año 45 No.

101, 2020-II, Coordinadora: Graciela Medina, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, pp. 65-84.

GALDÓS, J. M. (2005). ¿Hay daño al proyecto de vida?, Responsabilidad *Civil Doctrinas Esenciales* Tomo II, 1285, recuperado de La Ley; Cita Online: AR/DOC/2500/2005.

GALDÓS, J. M. (2018). Relación de causalidad y previsibilidad contractual, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho de daños,* Tomo II (E-book) (1ª ed.), Montevideo, Ed. La Ley Uruguay.

GAMARRA, J. (1990). Guía para liquidar el daño moral a la persona, en *Cuadernos del* Anuario *de Derecho Civil Uruguayo, No. 5* , Montevideo, Ed. FCU.

GAMARRA, J. (1991). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXIII (1ª Ed.), Montevideo, Ed. FCU.

GAMARRA, J. (1992). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXIV (1ª Ed.), Montevideo, Ed. FCU.

GAMARRA, J. (1994). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIX (1ª Ed.), Montevideo, Ed. FCU.

GAMARRA, J. (1994 B). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXV (1ª Ed.), Montevideo, Ed. FCU.

GAMARRA, J. (1996). Responsabilidad contractual, Tomo I, el incumplimiento (1ª Ed.) Montevideo, Ed. FCU.

GAMARRA, J. (1997). Responsabilidad contractual, Tomo II, el juicio de responsabilidad (1ª Ed.) Montevideo, Ed. FCU.

GESUALDI, D. M. (1997). De la antijuridicidad a las causas de justificación, *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, pp.143-151.

GHERSI, CARLOS A. (1997). Responsabilidad por actos lícitos, *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, pp. 475-480.

GHERSI, CARLOS A. (2012). Daños derivados de las relaciones internas del derecho de familia, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2011 – X, 35,* Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina, recuperado de: www.thomsonreuters.com.ar.

GREGORINI CLUSELLAS, E. L. (2007). Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación, *Responsabilidad Civil, Doctrinas esenciales 1936-2007, TOMO III,* Director: Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. Revista Jurídica Argentina La Ley, pp. 63-69.

GREGORINI CLUSELLAS, E. L. (2007 B). El Daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento, *Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales 1936-2007, TOMO III,* Director: Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. Revista Jurídica Argentina La Ley, pp. 51-62.

GREGORINI CLUSELLAS, E. L. (2014). La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente. Daño moral de la hija y la madre ante la negativa de filiación del padre, *La Justicia Uruguaya,* Tomo 150, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, Cita Online: UY/DOC/508/2014.

HERRERA, M. (2009). Algunos apuntes sobre la responsabilidad civil en el derecho de familia desde una perspectiva contemporánea, *Libro Homenaje Atilio Aníbal Alterini, Testimonio de una vocación*, Coordinador: Héctor Negri, Buenos Aires, Ed. Instituto de Filosofía del Derecho Universidad Nacional de Lomas de Zamora y Venciguerra; pp. 103 – 118.

HOWARD, W. (2016). Panorama jurisprudencial de la responsabilidad en el derecho de familia [en línea], *Revista de Derecho,* Año 15, no. 30, Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, pp. 171-188.

KATZMAN, R. & FILGUEIRA, F. (2001). Panorama de la infancia y la familia en Uruguay; Programa de integración, pobreza y exclusión social, IPES, Montevideo, Recuperado de: ucu.edu.uy.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2000 A) La Responsabilidad civil en los albores del Siglo XXI. *Los Nuevos Daños. Soluciones modernas de reparación*. Coordinador: Carlos A Ghersi, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, pp. 29-56.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2000 B). Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (Su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés), *Derecho de Daños, Primera Parte*, Directores: Félix Trigo Represas y Ruben Stiglitz, Buenos Aires, Ed. Ediciones La Rocca, pp. 665- 680.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2000 C). Prescripción y Caducidad en el Derecho de Familia, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, No.22,*Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, pp. 99-135.

LARRAÑAGA, L. (2006). Daño al proyecto de vida, al nombre y a la identidad personal, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXVII, año 2006, Montevideo, Ed. FCU, pp. 779-786.

LEGNANI, B. (2017). Consideraciones/generalidades sobre la responsabilidad por daños en el Derecho de familia. La Evolución del Estado. Su incidencia en el Derecho de Familia. *La Justicia Uruguaya Tomo 155*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, Cita Online: UY/DOC/99/2017.

LEGNANI, B. (2017 B). Derecho de Familia y Responsabilidad Civil por Daños, incidencia de la evolución del Estado respecto del Derecho de Familia, *Revista Crítica de Derecho Privado No. 14*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 1195-1218.

LLAMAS POMBO, E. C. (2011). Los problemas actuales de la Responsabilidad Civil, *Módulo de aprendizaje autodirigido, Plan de Formación de la Rama Judicial*, editado por Consejo Superior de la Judicatura, Colombia Bogotá.

LÓPEZ CABANA, R. M. (1997) Ilicitud, Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, pp. 152-156.

LÓPEZ HERRERA, E. (2006) *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed Lexis Nexis.

LORENZETTI, R. L. (1990). La economía del Derecho: La culpa y el riesgo, *Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina,* Director: Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, pp. 149-158.

LORENZETTI, R. L. (2001). El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?, Ed. La Ley On Line; Cita Online: AR/DOC/12878/2001.

LUCCHINI, E. (2012). El Daño Intra-Familiar En La Perspectiva Europea, *Congreso de Derecho Privado 2012*, recuperado de: base de datos CADE, comentario de consultoras 1652 del 05/11/2012.

LUDUEÑA, L. ; MAGLIERI, N. ; ELISII, D. (2015). Legitimación de la madre para el reclamo de las consecuencias no patrimoniales por la falta de reconocimiento del hijo. Comisión no 3, Daños: ―Daños derivados de las relaciones de familia; *XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Universidad Nacional del Sur - Bahía Blanca, octubre de 2015, recuperado de: https://jndcbahiablanca2015.com/.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2016). La cuantificación del daño extrapatrimonial o moral en el Derecho Uruguayo, *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación* (2da ed.)*,* Director: Andrés Mariño López, Ed. La Ley Uruguay, pp.379-404.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2016 B). La exigencia jurisprudencial de una entidad mínima para la resarcibilidad del daño moral en el Derecho Uruguayo, *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación* (2da ed.)*,* Director: Andrés Mariño López, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 445-465.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2016 C). Liquidación global o específica del daño moral, *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación,* (2da ed.), Director: Andrés Mariño López, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 467-481.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2017). La función de prevención en el derecho de daños y el impacto del principio precautorio, *La Justicia Uruguaya, Tomo 155*, Nov-Dic 2017, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. D-189-D195.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2018). La pluralidad de causas en la responsabilidad civil, *LJU Tomo 156, D-169,* Montevideo, Ed. LA Ley Uruguay, Cita Online: UY/DOC/223/2018.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2018b). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho de daños,* Tomo I (E-book), (1ª Ed.). Montevideo, Ed. La Ley Uruguay.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2021). Código Civil de la República Oriental del Uruguay, Anotado y Concordado (5ª ed.) , Montevideo, Ed. La Ley Uruguay.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2021 B). La antijuridicidad en la responsabilidad civil, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo LI, año 2021, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 855-877.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2022). El Dies a quo del plazo de la prescripción extintiva en la responsabilidad contractual y extracontractual, *Revista Crítica de Derecho Privado*, No. 19, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp.619-648.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2022 B). Pérdida de chance u oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo LIII, año 2023, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 571-590.

MAZEAUD, H. Y L. & TUNC, A. (1963). Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual: Tomo segundo. Volumen II, (5ta Ed.), Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa- América.

MAZZINGHI, J. A. M. (2015) Los daños originados en la falta de reconocimiento de un hijo – exigencia de los factores subjetivos de la responsabilidad, Comisión no 3,

Daños: Daños derivados de las relaciones de familia, *XXV Jornadas Nacional de derecho Civil,* Universidad Nacional del Sur - Bahía Blanca, octubre de 2015, recuperado de: https://jndcbahiablanca2015.com/

MEDINA, G. (2002). Daño en las relaciones de familia en la Provincia de Buenos Aires, *Revista de Derecho de Daños*, Volumen 2001-2, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, Recuperado de www.gracielamedina.com.

MEDINA, G. (2002 B). *Daños en el Derecho de Familia (2ª ed.)*, Buenos Aires, Ed. Rubiznal – Culzoni.

MEDINA, G. (2015 A) Daños en el Derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado de Argentina. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 15-46.

MEDINA, G. (2015 B) Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial, *LJU Tomo 152*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, Cita Online: UY/DOC/705/2015.

MEDINA, G. (2015 C). Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial Unificado*, Revista de Derecho de Familia y Sucesiones* Número 5 –Septiembre 2015, Fecha: 07-09-2015, Buenos Aires, Ed. EJ Editores, Cita: IJ-LXXX-322.

MEDINA, G. ; SANTÁS, C. (2007). La Omisión en El Derecho De Daños. Provincia De Buenos Aires, *Revista De Derecho De Daños*, SETIEMBRE 2007, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, pp. 373-392.

MEDINA, G. & SANTÁS, C. (2008). La Prevención del Daño. Provincia De Buenos Aires, *Revista De Derecho De Daños*, SETIEMBRE 2008, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, pp. 563-586.

MEDINA, G.; SERNA, M. & GUEVARA, C. (2005). La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no siempre origina la obligación de reparar el daño moral. Relación entre un leading case argentino y el derecho comparado; Buenos Aires, Ed. LA LEY BS. AS., 2005 (AGOSTO) 766.

MENDEZ COSTA, M. J. (2001). Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente; Fallo comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I (C. Civ. y Com. San Isidro) (Sala I) ~ 1988/10/13 ~ E., N. c. G., F. C. N., Buenos Aires, Ed. LA LEY ON LINE, Cita Online: AR/DOC/21870/2001.

MINYERSKY, N. (2001). Los daños y perjuicios en el Derecho de familia, en Derecho Privado, *Libro Homenaje a Alberto J. Bueres, Director: Oscar J. Ámeal,* Coordinadora: Dora Gesualdi, Buenos Aires, Hammurabi, pp.1763-1779.

MIRANDA, J. (2008). Antijuridicidad y Derecho de Daños, *Revista Crítica de Derecho Privado*, No. 5, Montevideo, E. Carlos Álvarez, pp. 493-509.

MIRANDE, S. (2007) La necesidad de repensar el concepto de culpa como fundamento de la Responsabilidad Civil, *Revista Crítica de Derecho Privado*, No. 4, Montevideo, Ed. Carlos Álvarez, pp. 495-513.

MONTECINOS GRAU, B. A.(2011). *Daños en el Derecho De Familia. En especial los derivados de las relaciones paterno materno filiales.* Memoria de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*,* Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011.

MOLINA DE JUAN, M. F.(2012) Una vez más, el daño por la omisión de reconocimiento del hijo, *La Ley Gran Cuyo 2012 (junio), 481*, Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina, Cita: TR LALEY AR/DOC/2347/2012.

MOSSET ITURRASPE, J. (1997) La antijuridicidad, *Responsabilidad civil*, Director: Jorge Mosset Iturraspe, Coordinadora: Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, pp. 57-74.

MOSSET ITURRASPE, J. (1997 B). Las eximentes en general, en *Responsabilidad civil*, Director: Jorge Mosset Iturraspe, Coordinadora: Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1997; pp. 121-140.

MOSSET ITURRASPE, J. (2004). La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, no. 1 – Año I Enero – Junio, de la Universidad Nacional Autónoma de México; México DF, Ed. Rubinzal - Culzoni; recuperado de: www.histórico.juridicas.unam.mx; pp. 357-380.

MOSSET ITURRASPE, J. (2016). Diez reglas sobre cuantificación del daño moral, *El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación (*2da ed.*),* Director: Andrés Mariño López, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp.439-444.

OCHS, D. (2015). Al igualitarismo democrático le repugna la pervivencia de tratos diferenciales entre los hijos legítimos y naturales, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, No.3*, Montevideo, Ed. FCU, pp. 161-165, 2015.

OJEDA, A. (2017). La filiación: ¿materia inacabada para el derecho de hoy?, *Revista Crítica de Derecho Privado No. 14*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 1273-1287.

ORDOQUI, G. (2005) *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia (1ª ed.)*, Montevideo, Ed. Ediciones del Foro, 2005.

ORDOQUI, G. (2012). *Derecho de Daños*, *Tomo II, Volumen II* (1ª ed.), Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, 2012.

ORDOQUI, G. (2018). Causalidad y culpa por Omisión, *Estudios de Derecho, Generación 1970, una celebración académica*, Montevideo, Ed. FCU, año XX, pp. 151-166.

ORDOQUI, G. (2023). Relación causal y eximentes de responsabilidad civil, Colección responsabilidad por Daños (1ª ed.), Montevideo, Ed. La Ley.

PANDIELLA, J. C. (2015). Proyecto de vida de los menores en las relaciones de familia, *RCCyC 2015 (diciembre),* Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina, Cita Online: AR/DOC/4024/2015.

PARRELLADA, C. (2015). Daños en las relaciones de familia, LA LEY 01/10/2015, 01/10/2015, 1 - LA LEY2015-E, 981, Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina, Cita Online: AR/DOC/3272/2015.

PRANDI, M. (2020). Daño a la libertad de elección, concreción o desarrollo del proyecto de vida, *Revista Crítica de Derecho Privado No. 17*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 908-1012, Cita Online: UY/DOC/2/2021.

PRANDI, M. (2022). La Autonomía del daño al proyecto de vida y su cuantificación, *Revista Crítica de Derecho Privado No. 19*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 755-775.

PRIETO MOLINERO, R. (2018). Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil, en *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho de daños*, Tomo II (E-book) (1ª ed.), Montevideo, Ed. La Ley Uruguay.

QUIRÓ SALDAÑA, J. (2005). Responsabilidad civil de los padres respecto de los hijos derivada del incumplimiento de las obligaciones y deberes emergentes de la patria potestad, *Revista Judicatura No. 43*, Montevideo, Ed. CADE, pp. 275-297.

RAMIREZ, J. A. (2009). Lo injusto en el enriquecimiento (art. 1308 CC) y en la responsabilidad extracontractual (art.1319 CC), *Anuario de Derecho Civil Uruguayo,* T. XXXIX, Montevideo, Ed. FCU, pp. 729-742.

RAMOS, B.(2008). Responsabilidad Civil de los padres por el daño producido a sus hijos, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia No. 20*, Montevideo, Ed. FCU, pp.159-173.

RAMOS, B. (2019), El derecho a la filiación legítima, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones No. 7*, Montevideo, Ed. FCU, pp. 121-130.

RAMOS, B. (2021), Incumplimiento del Deber de reconocer a un hijo, *Homenaje al Académico de Honor Profesor Emérito Jorge Gamarra,* Academia Nacional de Derecho del Uruguay, Montevideo, Ed. FCU, pp. 641-662.

RICHENI, M. ; CLAPS, S. ; CABRAL, H. ; TROIA QUIRCH, M. & PORTO, A. (2016) Reflexiones Sobre La Responsabilidad Civil Por Falta De Reconocimiento Espontáneo De La Filiación Extramatrimonial. Comisión No 3, Daños: Daños derivados de las relaciones de familia, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 4 ter, julio 2016, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

RIVERO, M. (1992). Reseña sobre la responsabilidad civil en el derecho de familia. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXIII, Montevideo, Ed. FCU, pp. 617-625.

RIVERO, M. (2008). En torno al reconocimiento del hijo natural o extramatrimonial, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia No. 20*, Montevideo, Ed. FCU, pp. 143-157, 2008.

RIVERO, M. (2009). Los principios Generales de Derecho, la filiación legítima y el Código de la Niñez y de la Adolescencia. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXIX, Montevideo, Ed. FCU, pp. 753-763.

RIVERO, M. (2019). En torno al derecho a la identidad, *Revista Crítica de Derecho Privado No. 9*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, pp. 1199, recuperado de La Ley On Line, Cita Online: UY/DOC/234/2019.

RIVERO, M.; RAMOS, B. (2010). Responsabilidad derivada del no reconocimiento de los hijos, Sentencia No. 174/2006 Jdo. Ldo. Salto 1er Turno. Sentencia No. 270/2007 Tribunal de Apelaciones Filia. 2do Turno. Sentencia No. 208/2008 Suprema Corte de Justicia; *Revista Uruguaya de Derecho de Familia No. 22*, Montevideo, Ed. FCU, pp. 9-39.

RIVERO, M. ; RAMOS S, B. (2012). Daños en las relaciones de Familia – Enfoque Actual- (1ªed.), Montevideo, Ed. FCU.

RIVERO, M. ; RAMOS, B. (2014). *Derecho de Familia Personal(4ta ed.)*,Montevideo, Ed. FCU.

RIVERO, M.; RAMOS, B. (2018). Problemas originados en el emplazamiento filiatorio del hijo extramatrimonial nacido por técnicas de reproducción humana asistida, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, VI, Año 2018, Montevideo, Ed. FCU, pp. 129-138.

ROCA I TRIAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio (1ª ed.)*, Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez, Madrid, Ed. Dykinson pp. 533-563.

RUGNA, A. (2008). Tratamiento de los daños por el no reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial en la jurisprudencia de la Provincia de San Juan, La Ley Gran Cuyo 2008 (agosto), 613*,* Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina *,* Cita: TR LALEY AR/DOC/1668/2008.

RUGNA, A. (2014). Responsabilidad civil por daños derivados del no reconocimiento del hijo, *La Ley Gran Cuyo2014 (noviembre),* 1078, Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina, Cita: TR LALEY AR/DOC/3814/2014.

SAMBRIZZI, E. A. (2007). Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija por parte de la madre, *LA LEY 05/06/2007, 4 - LA LEY2007-C, 570,* Buenos Aires, Ed. La Ley Argentina Cita online : *TR* LALEY AR/DOC/1852/2007.

SOBA BRACESCO, I. M. (2016). Relación de causalidad y Prueba Pericial. Probabilidad, certeza y conocimiento técnico-científico en la formación del convencimiento y la decisión jurisdiccional (1 era ed.), Montevideo, Ed. La Ley Uruguay.

SOSA AGUIRRE, T. (2012). Fórmulas para determinar la pérdida de chance, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XLII, Montevideo, Ed. FCU, pp. 439-447.

SOZZO, G. (2012). Arquitectura de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (pos-Derecho de Daños), en *Revista de Derecho de Daños*, No. 3, Buenos Aires, ed. Rubinzal Culzoni, pp. 563-635.

TOMÉ, M. (2017). *Código Civil Comentado (3ª ed.),* Montevideo, Ed. Amalio M. Fernández.

VAZ FERREIRA, E. (1981). *Tratado de las sucesiones*, Tomo segundo (2da ed.), Montevideo, Ed. FCU.

VENTURINI, B. (2016). Panorama de Jurisprudencia sobre nexo de causalidad, diez años de jurisprudencia sobre relación de causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual; *en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Tomo IV, Año IV*, Montevideo, Ed. FCU, pp. 265-300.

VIDAL OLIVARES, A. (2009). La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento; en *Revista Crítica de Derecho Privado 6,* Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, Cita Online: UY/DOC/964/2009.

VIVANCO, P. A. (2017). *Responsabilidad Civil en el ámbito del Derecho de Familia,* (Magíster en Derecho) Universidad de Concepción, recuperada de: repositorio.udec.cl.

YUNGANO, A. R. (2000). La Filiación y su falta de reconocimiento como generadora de la responsabilidad por Daños, *Derecho de daños. Cuarta parte (A).* Director y Coordinador: Norberto Novellino, Buenos Aires, Ed. Ediciones La Roca, pp. 143-189.

ZANNONI, E. A. (1993). Damnificados indirectos en razón del daño, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. Astrea, pp. 167-220.

ANEXO I

RELACIONADO DE SENTENCIAS

1.- Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia: Caso Loayza Tamayo Vs. Perú (Reparaciones y Costas)

Fecha: 27 de noviembre de 1998

Integración: Hernán Salgado Pesantes, Presidente; Antônio A. Cançado Trindade, Vicepresidente; Máximo Pacheco Gómez, Juez; Oliver Jackman, Juez Alirio Abreu Burelli, Juez; Sergio García Ramírez, Juez; Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez.

Fuente: www.corteidh.or.cr

2.- Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia: Caso Cantoral Benavides Vs. Perú (Reparaciones y Costas);

Fecha: 3 de diciembre de 2001

Integración: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente; Máximo Pacheco Gómez, Vicepresidente; Hernán Salgado Pesantes, Juez; Alirio Abreu Burelli, Juez; Sergio García Ramírez, Juez; Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez; y Fernando Vidal Ramírez, Juez ad hoc.

Fuente: www.corteidh.or.cr

3.- Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia: Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia.

Fecha: 12 de septiembre de 2005

Integración: Sergio García Ramírez, Presidente; Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; Oliver Jackman, Juez; Antônio A. Cançado Trindade, Juez; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Diego García-Sayán, Juez; y Ernesto Rey Cantor, Juez ad hoc.

Fuente: www.corteidh.or.cr

4.- Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia: Caso Ibsen Cárdenas E Ibsen Peña Vs. Bolivia. (Fondo, Reparaciones y Costas)

Fecha: 1 de septiembre de 2010.

Integración: Diego García-Sayán, Presidente; Leonardo Franco, Vicepresidente; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Margarette May Macaulay, Jueza; Rhadys Abreu Blondet, Jueza; Alberto Pérez Pérez, Juez, y Eduardo Vio Grossi, Juez.

Fuente: www.corteidh.or.cr

5.- Tribunal: Suprema Corte de Justicia.

Sentencia: 322/2003

Fecha: 03 de noviembre de 2003

Integración: Rodríguez Caorsi -r-, Troise; Bossio; Van Rompaey -discorde-, Chediak-discorde-.

Fuente: BJN.

6.- Tribunal: Suprema Corte de Justicia.

Sentencia: 912/2008

Fecha: 19/12/2008

Integración: Ruibal Pino; Van Rompaey; Gutiérrez; Rodríguez Caorsi; Larrieux -R-.

Fuente: BJN

7.- Tribunal: Suprema Corte de Justicia.

Sentencia: 1152/019.

Fecha: 30/05/2019

Integración: Martínez -r-, Chediak, Minvielle, Turell, Tosi.

Fuente: BJN

8.- Tribunal: Suprema Corte de Justicia.

Sentencia: 305/2013

Fecha: 22/07/2013

Integración: Chediak, Chalar, Ruibal Pino, Pérez Manrique -r-, Larrieux.

Fuente: BJN.

9.- Tribunal: Suprema Corte de Justicia.

Sentencia: 888/2023

Fecha: 14/09/2023

Integración: Martínez; Minvielle; Pérez Brignani-R-; Morales; Sosa -Discorde-.

Fuente: BJN.

10.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno

Sentencia: SEF-0010-100006/2012-1

Fecha: 5/12/2012

Integración: Bendahan, Peduzzi y Diaz Sierra -r-.

Fuente: CADE

11.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno

Sentencia: 52/2013

Fecha: 18/09/2013

Integración: Bendahan -r-, Bacelli, Díaz Sierra

Fuente: BJN

12.-Tribunal: Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno

Sentencia: 135/2013

Fecha: 23/10/2013

Integración: Bendahan, Diaz Sierra, Baccelli -r

Fuente: CADE

13.-Tribunal: Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno

Sentencia: 119/2024

Fecha: 05/06/2024

Integración: Gutiérrez, Diaz Sierra, Diperna -r-.

Fuente: BJN

14.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno

Sentencia: 20/2016

Fecha: 17/02/2016

Integración: Bendahan, Peduzzi y Diaz Sierra -r-.

Fuente: La Ley On Line

15.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do Turno

Sentencia: 45/2005

Fecha: 30 de marzo de 2005

Integración: Pérez Manrique; Silbermann; Cohn; Cantero -r-.

Fuente: CADE.

16.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do Turno

Sentencia: 115/2006

Fecha: 3 de mayo de 2006

Integración: Pérez Manrique -r-; Cantero, Silbermann y Maggi; Discordes: Baccelli y Monserrat.

Fuente: CADE.

17.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do Turno

Sentencia: 270/2007

Fecha: 3/10/2007

Integración: Pérez Manrique -r- , Cantero, Maggi y Silberman-discorde-

Fuente: BJN

18 .- Tribunal: Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do Turno

Sentencia: 977/020-2

Fecha: 16/12/2020

Integración: Musi, Álvarez -r-, Cavalli -discorde-

Fuente: CADE

19.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno

Sentencia: 50/1989

Fecha: 6 de marzo de 1989

Integración: Varela de Motta -r- , Bermúdez, Brito del Pino, Fernández Rey -discorde-

Fuente: LJU caso 11297.

20.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno

Sentencia: 182/2017

Fecha: 1/11/2017

Integración: Sosa -r-, Pérez y Franca.

Fuente: BJN

21.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno

Sentencia: 22/2012

Fecha: 09/02/2012

Integración: Cardinal -r- , Chalar, Alonso.

Fuente: BJN.

22.- Tribunal: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5toTurno

Sentencia: 138/2017

Fecha: 24 de octubre de 2017

Integración: Simón -r-; Gradín; Pera.

Fuente: BJN.

23.- Tribunal: Jdo Ldo. de 1era Instancia de Salto de 1er Turno

Sentencia: 174/2006

Fecha: 28 de setiembre de 2006

Integración: Dra. Raquel Gini.

Fuente: Daños en las Relaciones de Familia – enfoque actual- (1ª ed.) Rivero y Ramos, Ed. FCU, 2012, pp. 165-176.