

Expte.Nº xxxx/19.-RSH-

En la Ciudad de xxx, a los 28 días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo -SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL- **NESTOR ENRIQUE VARELA y ELIA NILFA PISARELLO**, tomaron en consideración para resolver en definitiva los autos caratulados: "**B.D. M. C/ V., M. R. S/DAÑO MORAL**" - Expte. Nº xxx Año: 2019, **Sala Primera Civil y Comercial**, venidos del Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia Nº 1 de ésta Circunscripción Judicial.

Practicado el sorteo correspondiente para determinar el orden de votación, resultó Juez de Primer voto el **Sr. Juez NESTOR ENRIQUE VARELA** y Juez de Segundo voto la **Sra. Jueza ELIA NILFA PISARELLO**. Existiendo disidencia entre el Sr.Juez de Primer Voto Néstor Enrique Varela y la Sra.Jueza de Segundo Voto Elia Nilfa Pisarello, fue designado para dirimir la cuestión, el Sr. Juez **HECTOR HUGO SEGUI**, Juez de la Sala Segunda Civil y Comercial de ésta Cámara.

**1.-A LA RELACION DE CAUSA EL SR. JUEZ NESTOR ENRIQUE VARELA, DIJO:**

Evidentemente, la relación de la causa que fuera efectuada por el Sr. Juez A-quo se ajusta a las constancias de estos actuados, y en mérito a la brevedad, a la misma me remito.

Asimismo como es de ver a fs. xxx vta. obra la Sentencia de Primera Instancia en la que se admite el Pago de daño moral.

Se imponen las costas y se regulan honorarios a los profesionales intervinientes.

A fs. xxxx vta., la Sra. D. M. B., patrocinada por la Dra. B. M. M., interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia de fs. xxx vta., siendo contestado a fs. xxx vta, por el Sr. M. R. V., patrocinado por la Dra. S. S..

A fs. xxx, se concede libremente y con efecto suspensivo el recurso planteado y fundado a fs. xxx vta.

A fs. xxx se elevan los autos a esta alzada, los que son recibidos y radicados a fs. xxx.

A fs. xx se efectúa el llamamiento de autos y a fs. xx se efectúa el sorteo de ley.

A fs. xx se deja sin efecto el llamamiento de autos de fs. xx.

A fs. xx se efectúa el llamamiento de autos.

A fs. xx se deja sin efecto el llamamiento de autos de fs. xx.

A fs. xx se designa Juez disidente al Sr. Juez Héctor Hugo Segui.

A fs. xxxse efectúa el llamamiento de autos.

### **A LA RELACION DE LA CAUSA LA SRA. JUEZA ELIA**

**NILFA PISARELLO, DIJO:** Que presta conformidad a la relación de la causa efectuada por el Sr. Juez de Primer Voto.

**2.-SEGUIDAMENTE:** Se dejó establecida como única cuestión a resolver en el presente Acuerdo, la siguiente: ¿Corresponde la confirmación, revocatoria o modificación del fallo dictado?.

**3.-A LA PRIMERA CUESTION A RESOLVER, EL DR. NESTOR ENRIQUE VARELA, DIJO:**

La sentencia materia de recurso HACE LUGAR a la demanda instaurada, en los siguientes términos:

I) "ADMITIR EL PAGO DE DAÑO MORAL incoado por la actora **Srta. D. M. B., D.N.I. N° ...**, teniendo en cuenta las constancias de autos y

fijándose la indemnización debida al **Sr. M. R. V., D.N.I. N° xxx** por el no reconocimiento voluntario (desde la fecha cierta de su conocimiento) en la suma de **PESOS ... (\$.)** los que deberán ser abonados a D. M. B... en el término de diez días de su notificación conforme los antecedentes que surgen de los considerandos que anteceden...".

Se imponen las costas al demandado vencido y se regulan honorarios a los profesionales intervinientes.

-Contra el fallo dictado se Alza la actora.

Manifiesta la recurrente que en estas actuaciones se ha iniciado un Juicio por Filiación Extramatrimonial de D. M. B. (20 años) quien no fue reconocida voluntariamente por su progenitor a pesar de tener el mismo pleno conocimiento de su paternidad biológica.

Aduce que agravia a su parte el hecho de que el Juez de Primera Instancia tuvo en cuenta para fundar el decisorio la propia declaración de la actora cuando sostuvo que su madre "esperó el reconocimiento voluntario por parte del demandado" Ello es lógico cuando una mujer espera que el hombre con el que mantuvo la relación sentimental asuma su parte de responsabilidad en la concepción voluntaria de un bebé.

Afirma que en ningún caso manifestó que el demandado no fuera intimado por su madre al reconocimiento y muchísimo menos que él no supiera que ella era su hija extramatrimonial. El juez decidió tomar los dichos de la menor en provecho del demandado en vez de a favor de la actora inclinando la balanza de la justicia a favor del poderoso (como es el caso de autos en que el demandado es una persona con gran patrimonio al que de manera "sospechosa" no se quiere condenar en una suma mayor a la establecida por el Juez a favor del mismo).

Señala que si el Juez hubiera tenido dudas (lo que es imposible a juzgar por las declaraciones de los testigos de su parte) y antes la falta de declaración de la madre progenitora de la suscripta "el mismo juez dentro de sus facultades podría haber solicitado esta prueba" pero optó por favorecer al demandado.

Agrega que, además de que la sola circunstancia de mantener relaciones sexuales con una persona trae aparejada la posibilidad cierta de un embarazo y más aún cuando hubo una relación de noviazgo.

Considera que las contingencias de la causa acerca del conocimiento del demandado del embarazo de A. que fuera su novia (en el año 1995 tuvieron una relación sentimental alrededor de dos años a fs. xxx declaración de E. M. C.) conduce a tener por acreditado el presupuesto necesario para que la omisión paterna sea reprochable.

Indica, desde que el Juzgado del Menor abrió sus puertas en el año 2004 "jamás se ha dictado una sentencia bajo estas acusaciones contra la progenitora "por la tardanza en reclamar la filiación".

Hace notar que es "raro" que un Juez que debiera amparar los derechos de las personas más débiles decida "premiar a un progenitor que debió ser llamado a Juicio para que reconozca los derechos de su hija".

Se interroga si ¿se encuentran acreditados los hechos constitutivos de la demanda reveladores del conocimiento por parte del demandado de la paternidad de la actora?.

Postula que en verdad el padre no reconoció a su hija sabiendo que lo era desde su concepción conforme lo prueba las testimoniales de las siguientes personas producidas en autos "y que no fueran valoradas por el Juez".

Transcribe las testimoniales de:

E. C. (fs. xx/vta.) quien a la 5ta pregunta contesta respecto a que el demandado sabía de la existencia de la niña: *"Si, por lo que me contaba mamá de D., él sabía"* (sic).

G. J. S. (Fs. xx) que a la 3º pregunta contesta: *"Yo sabía de esa relación entre ellos porque lo veía a él la señora estaba embarazada, los veía juntos"* (sic). A la 5º pregunta contesta: *"Si yo tengo una hija que es mayor por un mes con D. los dos fuimos papás casi al mismo tiempo"* (sic). Y a la primera repregunta de la abogada del demandado contesta: *"El Sr. V. sabía de la existencia de la niña cuando nació la niña y lo veía siempre al señor ahí en la casa de la abuela de D."* (sic)

Y. R. S. (fs. xx.) a la 5º pregunta contesta: *"Sabía que estaba embarazada la chica y ahí la abandonó estaba más o menos de dos meses él se retiró"* (sic). Cuando manifiesta la razón de sus dichos: *"Porque la mamá de la chica (A.) quedó embarazada, ellos me iban a cobrar y me comentó a mí porque tenía miedo de contarle a la madre ella quedó embarazada y el chico se había alejado"* (sic).

En el acápite **"Respecto a la valoración de la prueba"**, expresa que agravia a su parte, que el Juez solamente haya tenido en cuenta que el demandado trabajó alguna vez en Santiago del Estero como que esta circunstancia de trabajo ocasional le hubiera impedido procrear y haber huído no haciéndose responsable de su paternidad biológica (se pregunta ¿qué tiene que ver que el demandado haya trabajado alguna vez en Santiago del Estero?).

Puntualiza que el Juez tiene todas y cada una de las constancias de los autos que corren por cuerda como prueba de la actitud asumida por el demandado (como el Oficio de inscripción que recién diligenció en fecha 22/05/2018 a fs. xxxx habiendo sido ordenado el 30/06/2017) Beneficio de Litigar sin gastos, Medida Cautelar para reclamar la Obra Social que hasta la

fecha la Suscripta no tiene a pesar de haber probado que padece una enfermedad que le impide alimentarse integralmente y no se encuentra con diagnóstico definido (dijeron: gastroenteritis, celiaquía, parásitos, etc) con varias audiencias con el Juez rogándoles que lo conmine al demandado a afiliar a su hija a una obra social no haciéndolo en forma voluntaria hasta la fecha).

Enfatiza, en definitiva, en autos se deberá tener acreditada la falta de reconocimiento paterno por omisión paterna reprochable (inclusive hasta la fecha no hay constancia de la inscripción de con apellido paterno). D.M. B.

En el apartado "**Respecto al quantum establecido en sentencia**", expone que agravia a su parte la suma fijada por el rubro daño moral reclamado cuando el demandado siempre supo de su existencia y la privó no sólo de brindarle su apellido sino asimismo de darle mejores posibilidades de desarrollo en su vida en la cual pasaron muchas necesidades junto a su madre y hermano.

Cita doctrina y jurisprudencia que apoyan su postura.

Solicita a este Tribunal que se revoque la suma establecida en sentencia conforme las pruebas agregadas a estas actuaciones, condene al demandado a abonar en concepto del daño moral producido la suma reclamada de PESOS xxx (\$xxx) y/o suma que estime conforme la edad de la suscripta y el daño psicológico producido.

Hace reserva. Concluye con petitorio de estilo.

-Sentados los agravios, me avoco a su entendimiento.

Preliminarmente, se advierte que la Srta. D. M. B., D.N.I. N° xxx, en fecha 14/02/2017 promueve acción de filiación y daño moral por la suma de PESOS xxx (\$xx) contra su padre biológico, Sr. M. R. V., cfr. fsxxx

Así, tenemos que a fs. xxx obra pericia genética de ADN, cuya probabilidad de paternidad es acreditada en el porcentual de 99,99%.

Que a fs. xx se presenta el Sr. M. R. V., adjuntando prueba pericial genética, y reconociendo fehacientemente el vínculo filial con la demandante.

Que a fs. xx, atento a dicha presentación, el Juez de Primera instancia ordena el libramiento de Oficio al Registro Civil de Capacidad y Estado de las Personas, a los fines de que inscriban al Sr. M. V. como progenitor de la Srta. D. B..

Que a fs. xxx, se presenta el demandado manifestando expresamente su conformidad de inscribir a la Sra. D. M. con su apellido.

Que a fs. xxx obra Oficio diligenciado al Registro Civil de Capacidad y Estado de las Personas, con informe negativo.

Que a fs. xxx se ordena librar nuevo oficio a los mismos fines y efectos que el anterior.

A fs. xxx vta. obra Sentencia en la que el Juez resuelve: "*en relación a la FILIACION EXTRAMATRIMONIAL que al momento de sentenciar se ha tornado abstracta atento a que las partes han presentado el examen de prueba genética y se ha ordenado la inscripción de Filiación de la Srta. D. M. B., en relación a su progenitor biológico Sr. M. R. V., admitiendo el pago de DAÑO MORAL por el no reconocimiento voluntario (al momento de su nacimiento) de su hijo en la suma de PESOS xxx (\$xxx)*".

Contra dicha resolución se alza la actora.

Ahora bien, a fs. Xx obra Oficio diligenciado del Registro Civil de Capacidad y Estado de las Personas, adjuntando informe de que existe un **reconocimiento no impugnado**, el cual puede advertirse en la nota marginal del acta de nacimiento, cuya copia obra glosada a fs. Xxx vta..

De dicho reconocimiento se puede inferir que la Srta. D. M. **ha sido reconocida como "D. M. B. S.", en fecha 13/02/2017.**

Por otra parte surge del Proveído de fs. Xx que el Juez Inferior tiene conocimiento de dicho reconocimiento, manifestando la condición de vulnerabilidad del Sr. S..

Que atento a dichas circunstancias, estimo que se debió promover una acción de impugnación respecto al vínculo filial existente con el Sr. E. E. S. (teniendo presente la acción de filiación de autos).

Ello, conforme a lo establecido en el art. 558 *in fine* del CCyC: "*Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación*".

Como se adelantó, al analizar la cuestión de la determinación filial, tiene repercusiones también en lo relativo a las acciones de filiación, y el CCyC mantiene un principio o máxima del derecho filial: nadie puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la conformación de estos vínculos (maternos y/o paternos).

La consecuencia ineludible de este principio del derecho filial—el de que nadie puede tener más de dos vínculos filiales- es que si alguien pretende emplazarse como progenitor y la persona ya tiene dos vínculos (uno materno y otro paterno) debe, inexorablemente, impugnar un vínculo para recién allí poder pretender lograr el correspondiente emplazamiento filial.

El art. 252 del Código Velezano establecía que: "*Si la reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última*".

Este principio general del derecho filial se mantiene en el actual art. 578 del CCyC: "*Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente*



establecida, **debe previa o simultáneamente**, ejercerse la correspondiente acción de impugnación".

Entonces, dado este principio es que el nuevo Código mantiene la postura legislativa por la cual, si se pretende un emplazamiento filial y la persona ya ostenta un doble vínculo, debe procederse a la correspondiente acción de desplazamiento -impugnación- para que después proceda el pertinente emplazamiento filial.

Nótese que la acción de filiación se inicia en fecha 14/02/2017 (ver fs. xx) mientras que el reconocimiento del Sr. S. es en fecha 13/02/2017 (ver fs. xxx.).

En efecto, previamente a dar inicio a la acción de filiación extramatrimonial o simultáneamente, correspondía iniciar la acción de impugnación pertinente.

Se ha sostenido que: *"No pueden sumarse estados filiales que sean contrapuestos. Para ejercer la acción de reclamación de filiación, debe -previa o simultáneamente- interponerse con la de impugnación de la filiación establecida. La acción de impugnación puede ser entablada de manera independiente, y una vez resuelta y triunfante, la acción de reclamación de la filiación podrá proceder."* (Cfr. Lloveras, Nora *"La Filiación en la Argentina y en el Mercosur - Costa Rica y el Perú"* Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 81/82).

Los fundamentos reseñados son de estricta aplicación al caso de autos en el que si bien, la Srta. D. M. reclama la satisfacción del derecho a una identidad personal, afirmando que no ha sido reconocida por su padre, ni oportuna ni voluntariamente, vulnerándose sus derechos en el transcurso de toda su vida, ya que transitó su minoría de edad, sin que se le garantice su derecho a la identidad filiatoria, contando actualmente con veintidós (22) años de edad (cfr. acta de nacimiento de fs. xx). Ella, integra su identidad personal, por cuanto

apunta a la determinación del origen biológico y además a la modificación del estado de familia que conlleva el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a él.

Bajo tales lineamientos, comienza el abordaje desde el marco jurídico aplicable partiendo del derecho a la identidad como atributo de la personalidad íntimamente vinculado a la personalidad jurídica, y como Derecho Humano elemental: dignidad de la persona (art. 51 CCyC), entendiéndose que ante un resultado positivo de la prueba genética, la actora recurrente se encuentra legitimada para iniciar una acción de impugnación de reconocimiento.

La acción de impugnación de reconocimiento es aquella que ataca el reconocimiento por no concordar con la realidad genética.

Dicha herramienta jurídica, podría resultar una solución posible a nuestro caso, hallándose establecida en el art. 593 del CCyC: *"Impugnación del reconocimiento. El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo"*.

Pero, a los fines de evitar un perjuicio mayor o *"reformatio in peius"* (reformular en perjuicio) y de resguardar la verdad biológica como único elemento a ser tenido en cuenta para definir el vínculo jurídico de filiación, optaré por dejar firme el decisorio recurrido.

Ello, pues ante las excepcionales circunstancias que se presentan en autos, es insustentable la condena por daño moral.

Téngase presente que lo esencial, no es determinar una indemnización, sino establecer la verdadera y real filiación.

No obstante, en la muy especial circunstancia que se desprende de lo actuado, entiendo pertinente determinar posible actuación del Juez de Grado, en intento de conducir la actuación de tribunales del mejor modo, en orden a una correcta de Administración de Justicia.

Por ello, se deberá convocar a una audiencia a las partes e interesados, Srta. D. M. B., Sra. A. A. G. B.(madre de la actora) y al Sr. E. E. S., a los fines de resolver dicha situación, conforme surge del Informe del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la provincia del Chaco, obrante a fs. xxx, con la presencia de letrado que preste asistencia al Sr. E. E. S. y del Ministerio Público (art. 35 CCyCN y art. 204 Ley 2950-M) debiendo comparecer, según el caso, el curador, el o los apoyos designados en presencia del Equipo Interdisciplinario, atento a lo informado por el Magistrado a fs. xxx, respecto a la condición de vulnerable del Sr. S. (si correspondiera).

Ello, como cuestión necesaria, sin perjuicio de cualquier otra medida y/o actuación que estime el Sr. Juez prudente para cumplir la finalidad que se persigue.

En virtud de lo expuesto deviene procedente solicitar al Sr. Juez del Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia de esta ciudad que, en situaciones similares a la presente, en las que medie el interés de una persona respecto a su derecho a la identidad directamente comprometido, encontrándose ésta última reconocida por una persona con posible (según resulta de autos) capacidad restringida, brinde la inmediata tutela judicial efectiva y puntualmente el derecho a ser oídos, evitando la reiteración de dilaciones procesales como la aquí ocurrida que afecten el ejercicio oportuno de tales elementales derechos, acudiendo particularmente a las normas diseñadas para su protección y asistencia.

Lo contrario desnaturaliza y se contradice con el presente instituto que, desde la mirada constitucional, el estado filial integra. Y, en tal sentido, la sentencia tiene un gran valor doctrinario: *"el derecho a la identidad como derecho humano se fue instalando hasta consolidarse en la actualidad en la columna vertebral del derecho filial en términos constitucionales-convencionales"* (Marisa Herrera, Natalia De La Torre y Silvia Fernández *"Derecho Filial. Perspectiva Contemporánea de las tres Fuentes Filiales"* La Ley, Buenos Aires, 2018, pág. 7).

Es que el derecho a la identidad en el derecho nacional tiene un peso fuerte, especial y propio que ha logrado que bajo la noción de identidad se pudieran observar y profundizar sobre una cantidad de aristas que esto compromete, en definitiva, el derecho a la identidad como: el derecho a estar inscripto, el derecho a tener filiación, el derecho a conocer sus orígenes, el derecho a tener un nombre, el derecho a la verdad (ob. cit., pág. 9).

Entiendo además que en los procesos donde se ventilan conflictos de familia y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del Juez.

La adopción de tal determinación encuentra respaldo en la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica (22-11-69, aprobado por Ley 23.054)- que protege la familia, la dignidad y el respeto a la identidad, éste último a través de la protección de la integridad física y moral (art. 5 CIDH).

La trascendencia única e irremplazable del nexo biológico se debe a que en él reside la esencia de la filiación, pero, siendo en principio, imposible demostrar directamente la generación, el objeto de la prueba se desplaza tradicionalmente a extremos que permiten inferirla, afirmación ésta que

actualmente se encuentra conmovida por el afianzamiento científico de medios de prueba que demuestran directamente el hecho generacional.

Prosiguiendo con el motivo de agravios, es sabido el reconocimiento de una hija es un acto voluntario y unilateral, es decir, dicho acto depende de la iniciativa del progenitor que reconoce y no de la aceptación de la hija. No obstante, ante la omisión del reconocimiento paterno, la hija cuenta con una acción para obtener el emplazamiento en el estado de familia que le corresponde.

De allí, que como se ha dicho la hija tiene un interés subjetivo, jurídicamente tutelado cuya violación representa una actitud ilícita; es decir, resulta indudable el derecho que desde su nacimiento tiende a ser reconocido por su padre, para, de ese modo, obtener emplazamiento en el estado de familia que le corresponde; y consecuencia de ello es que se hallan tutelados los derechos extrapatrimoniales del menor vinculados a su emplazamiento en el estado de hijo; por tanto, la violación de estos derechos permite accionar por resarcimiento del daño moral sufrido [voto Bossert, en C. Nac. Civ., sala F, octubre 19.989, en LA LEY, 1990-A, 2].

La ilicitud nace en el momento en el cual quien debe reconocer no lo hace, en algunos casos será cuando se anoticie del embarazo o del nacimiento. Salvo las relaciones ocasionales, se ha considerado que existe en cabeza de quienes mantienen relaciones sexuales el derecho-deber de informarse respecto de la posible consecuencia procreacional de la relación sexual (ver también MINYERSKY, Nelly, *"Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factor de atribución, en La Responsabilidad"* homenaje al Dr. Isidoro Goldenberg, pág. 559).

No cabe duda entonces de que la hija tiene ese derecho respecto de su progenitor que no la ha reconocido espontáneamente, por ello está

legitimada para ejercer la acción prevista en el art. 582 del Cód. Civil (antiguo 254), de la misma manera el padre asume el deber de reconocerlo, restando ejercer la acción de impugnación correspondiente.

Porque no puedo soslayar que para que la filiación que reclama la recurrente pueda concretarse finalmente con la debida inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, tal como lo prevé el art. 571 inc. 1) del CCyCN, es necesario que se resuelva además, la situación en torno al reconocimiento existente no impugnado, resultando óbice a los fines de la inscripción de la Srta. D. M. con el apellido de su padre biológico, en dicho Registro (ello, en coincidencia y necesidad detectada por la autoridad de aplicación, como consta a fs. xxx).

Todo andamiaje jurídico, obedece en definitiva, a resguardar el derecho de las personas aquí involucradas, cuanto más aún, teniendo presente lo expresado por el Judicante a fs. xxx respecto a la condición de vulnerabilidad del Sr. S., situación que no puede pasarse por alto, atento al especial derecho de protección que se pretende asegurar, de conformidad a la Ley N° 2339-G, y con los antecedentes citados por el propio Juez de Grado.

Volviendo ahora a la cuestión fundante del recurso, el art. 587 refiere expresamente a la reparación del daño: *"El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código"*.

En ese entendimiento, lo que cabe indemnizar no es la falta de afecto sino el daño que deriva de la omisión del emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. En definitiva, los estados del espíritu en sí mismos no trascienden en categorías jurídicas en tanto no traduzcan, concretamente, incumplimientos de deberes cuya satisfacción permite calificar la conducta exterior del sujeto; así por ejemplo, incumplimientos de los

deberes de asistencia familiar (conf. ZANNONI, Eduardo *"Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo"* en LA LEY, 1990-A, 2).

Se trata en definitiva de la responsabilidad derivada del factor subjetivo en tanto el progenitor omitió intencionalmente el reconocimiento voluntario, sustrayéndose al deber jurídico respectivo.

Para cuantificar el contenido del daño moral deberán tenerse presente las concretas repercusiones que la conducta omisiva ha provocado (conf. C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, octubre 13-988, LA LEY, 1989-E, 563), pues esa situación anómala dentro del emplazamiento familiar coloca a la persona en una posición desventajosa desde el punto vista individual y social (AZPIRI, Jorge O., *"Juicio de filiación..."*, p. 295 y *"Daños y perjuicios en la filiación, en Derecho de Familia"*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, número 20, 2002).

La existencia del daño es indiscutible con los perfiles predominantes de un daño moral porque la falta de determinación del estado de hijo lo perturba en el goce de los derechos que dependen de esa determinación y que tenga a su favor el correspondiente título, incluyendo el uso del apellido. Se trata de derechos reconocidos por la Constitución Nacional que el Pacto de San José de Costa Rica ha venido a subrayar mediante la mención expresa del derecho humano de la identidad. Junto a la vida, la intimidad, el honor, la propia imagen, está la situación jurídica que se ocupa por razón de la filiación y el nombre que de ella deriva. (MENDEZ COSTA, María Josefa, *"Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente"*, en LA LEY, 1989-E, 563).

Así lo ha entendido la jurisprudencia: *"Lo que se indemniza en estos casos son las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivan de la falta de conocimiento de la propia identidad, y de no ser considerado en el ámbito de las relaciones humanas (por ej. en el colegio como*

*hijo de padre desconocido...*" (C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1ª, set. 12-2006, [www.abeledo.com](http://www.abeledo.com)).

La Corte Sup. Mendoza, sala 1ª, Civ. y Com. con voto de Kemelmajer de Carlucci consideró entre los daños derivados de ser hijo de madre soltera: *"Daño a la vida de relación sufrido por llevar el sello de la ilegitimidad: Desventaja frente a los compañeros de colegio y otras amistades o minusvalía social. Daño por el desamparo producido por la carencias de una figura paterna cierta y responsable, que no puede ser suplido en forma ambivalente por la madre, porque cada uno de los roles guarda una clara autonomía. Lesión a los sentimientos de un menor que se siente rechazado por su padre. Daño moral futuro cierto derivado del hecho de que la histografía de la vida del menor llevará siempre el sello de la actitud paterna renuente"* (D., R. C. c. A. M. B."en LL Gran Cuyo 2001- 808).

A partir del "leading case" del año 1988, resuelto por el Juzgado Nº 9 del Departamento Judicial de San Isidro, confirmado luego por la Alzada, se admitió la responsabilidad del padre biológico por los daños y perjuicios causados por la falta de reconocimiento voluntario (E.D., 128-331 y 132-476).

"La reparación del daño moral es de naturaleza eminentemente resarcitoria, por lo tanto, no reviste importancia determinar si la actitud del demandado es dolosa o culposa, toda vez que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad" (Obs. Del Sumario: Bustamante Alsina "Teoría General De La Responsabilidad Civil" . 205; Belluscio-zannoni C. Civ. Com. T. S. P. 113 Cc02 Se 11384 S Fecha: 24/04/2002 Juez: Nunez (sd) Caratula: Santillan, Marta Graciela C/ Orieta Ramon Ciro S/ Reconocimiento De Filiación Mag. Votantes: Contato-bruchman De Beltran-nuñez Jurisprudencia de la Provincia de Santiago del Estero Civil y Comercial).



Y, si bien las circunstancias apuntadas justificarían, la procedencia del daño moral, en lo que hace al fundamento y la fijación de su importe, realizadas hasta aquí las observaciones respecto de la procedencia del daño moral en las delicadas circunstancias que resultan de autos, constreñido por el principio de congruencia (conf. arts. 48, inc. 4º y 179, inc. 6º, Cód Procesal), y en aplicación del impedimento de "reformatio in peius", propongo confirmar el monto indemnizatorio.

Por éste último principio, no corresponde poner al apelante en peor situación con la que contaba al recurrir por ante la Alzada, lo cual en definitiva condiciona la decisión confirmatoria.

Pero no obsta a que exprese la insustentabilidad de aumentar el monto del daño moral (y diría de la procedencia del rubro), pues lo impide la propia normativa vigente.

Tanto en el Código velezano, como en el CCyCN, el reconocimiento determina la filiación extramatrimonial (art.247 C.C.-art.570 CCyCN-), que es el caso de autos.

Este reconocimiento de filiación extramatrimonial fue expresado por E. E. S., como resulta de constancias de autos (entre ellas, fs.134 y vta: "Reconocido como hijo de don: E. E. S. DNI.xxx de fecha 22-08-2016 bajo Acta N° xx Folio xx, Tomo xx..En lo sucesivo su verdadero nombre y Apellido: D. M.S.-B.- Según lo determina el art.64 de la Ley 26994...").

Esta constancia hace verosímil lo que expresara el demandado en contestación de demanda (fs.xx vta.: "...mantenía una relación con el Sr. S., con quien formalizó luego su pareja y fruto de este vínculo que sí se prolongó durante años nació su hijo").

En este punto, es de mi interés dejar claro que no pretendo desconocer el valor determinante de la prueba obrante a fs.xxx, a la que el demandado se sometió demostrando activísticamente su interés en la realización.

Pero con ella, no existiendo sentencia de emplazamiento filiatorio a través de una Sentencia, y con filiación determinada por reconocimiento del Sr. S.-imposibilitante de registrar filiación del accionado-, no resulta posible fijar daño moral o cuantía.

Pues además, más allá de la pobre actividad probatoria de ambas partes-que podrían haber justificado de mejor modo sus respectivas posturas-, tampoco la dirección del proceso arrojó luces sobre las sombras que resultan de autos.

Los testigos de autos tampoco fueron contundentes para esclarecer siquiera la asiduidad de la relación entre la madre de la actora-que según fotocopia de fs.xx inscribe el nacimiento de su hija casi 4 años después de ocurrido-y el accionado.

Esto lo expongo, pues quedó corroborado que de acuerdo a la fecha de nacimiento inscripta (11-06-97), en la época de concepción, período de embarazo y nacimiento de la niña, el demandado estaba trabajando en zona rural de Stgo. del Estero (Fs.xxx), lo que al menos no hacía evidente asiduidad y compañía habitual (aunque obviamente no imposibilita visitas esporádicas).

Lo que no logra tampoco ser desvirtuado por las testimoniales, que no logran adecuada razón de sus dichos y/o resultan superficiales y endebles para restar valor a las (pruebas) reseñadas en párrafo precedente.

Adviértase que en Audiencia de Vista de fs.xxx, por ejemplo, al declarar E. M. C., al responder a la quinta pregunta, expresa que lo sabe por lo que le contaba la mamá de D. (fs.xx.); y culminando a fs.xx al contestar por la

razón de sus dichos, que es amiga de la hermana de ella, y por ella supo que Andrea estaba de novia con este señor.

Además, al testificar el Sr. G.J.S., a fs.xxx in fine, al contestar la primera repregunta expresa que no sabe cuánto duró la relación entre A. B. y M. V..

Y si bien al testimoniar la Sra. Y. R. S., dá mayores precisiones y expresa mayor conocimiento que los anteriores, al responder a la razón de sus dichos (fs.xxxx) contesta desmereciendo lo que venía exponiendo pues expresa que ella-A.-quedó embarazada y le contó que había quedado embarazada y el chico se había alejado.

Por lo que reitero, las testimoniales no logran desvirtuar-tampoco las otras a las que no hago referencia expresa-el relato del demandado respecto de que a la época en que quedó embarazada la mamá de la actora, él estaba laborando en zona rural de Stgo. del Estero, por lo que sus visitas no eran tan habituales; ésto por un lado.

Pero por otro costado, también el posterior reconocimiento del Sr. S., arrojan dudas razonables sobre la versión de los hechos de la actora, y se aproxima aunque mínimamente a la versión del demandado (en el sentido que la mamá de D. mantenía una relación con aquel).

Así, y con lo hasta aquí analizado, no logro encontrar evidencia de que el accionado haya estado en condiciones de conocer con certeza que D. era su hija, aún cuando debería responder de todos modos por las consecuencias posibles de cualquier relación sexual/sentimental que obviamente se mantuvo (aún no habitual y sólo esporádica).

Por lo que con los ribetes e inextricables cuestiones no discernidas en autos (no existe Sentencia de emplazamiento de filiación del

demandado, y existe una filiación extramatrimonial reconocida por el Sr. S.), entiendo absolutamente improcedentes los agravios expuestos por la actora.

En función de lo hasta aquí referenciado y expresado, es que se debe **RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto a fs. xxx vta. y, por ende, **CONFIRMAR** la Sentencia obrante a fs. xxxx vta..

**-COSTAS DE ALZADA:** a la actora recurrente vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota, en aplicación de lo dispuesto por el art. 83 del CPCCH..

**-HONORARIOS DE ALZADA:** Para la regulación de honorarios por los trabajos en Alzada se parte de los regulados en primera Instancia, y sobre los mismos se aplica el 30% de los márgenes del art. 11 de la Ley Arancelaria, en forma indicativa a lo establecido en la Ley 288-C y en razón de la importancia, extensión y calidad de los trabajos realizados, lo que en definitiva arroja para la **Dra. B. M. M.** la suma de **PESOS xxx (\$xxxx)** en carácter de letrada patrocinante de la parte actora recurrente, y la suma de **PESOS xxx(\$xx)**; y para la **Dra. S. S.**, la suma de **PESOS xxx (\$xxx)** en carácter de letrada patrocinante de la parte demandada. Todo con más IVA si correspondiere. **ASI VOTO.-**

**A LA MISMA CUESTION LA SRA. JUEZA ELIA NILFA PISARELLO, DIJO:**

Me voy a permitir disentir con el colega preopinante, ya que a mi criterio, no resulta insustentable el tratamiento de los agravios referidos al daño moral condenado, fundado en la coexistencia de filiaciones. Por el contrario, tanto el daño como los agravios, tienen fundamento en las acreditaciones de la causa, en las pruebas genéticas incorporadas, y en el reconocimiento del demandado, que provoca la orden de emplazamiento emanada del Juzgador, no recurrida en autos.

-Sostiene la recurrente que los montos de condena son bajos. La agravia que el Juez considere que tiene en cuenta en su perjuicio, sus manifestaciones en demanda, referidas a que su madre esperó el reconocimiento voluntario de su padre. Enfatiza que sus dichos fueron valorados en provecho de la posición del demandado, cuando en verdad nunca manifestó que no fuera intimidado de modo privado al reconocimiento.

Se queja de la valoración parcial de la prueba. Alega que el Juez de Sentencia, luego de considerar el acto como ilícito, que reúne los requisitos de antijuridicidad necesaria como para que surja el deber de indemnizar, fija el quantum indemnizatorio, y lo reduce por la conducta de la madre de la Actora.

-Adentrada al tratamiento de los agravios, comienzo por señalar, que en mi entendimiento el fallo de primera instancia no ha sido dictado con "perspectiva de género", como pauta hermenéutica constitucional, es decir no ha tenido presente los principios convencionales y constitucionales de igualdad, como "no discriminación" y el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. (CEDAW-BELEM do PARA.-C.N.-Ley 26485). En este sentido, el concepto de género, es una herramienta para comprender las relaciones entre mujeres y hombres y es utilizado por el Comité de la CEDAW, desde el año 1994.

El género es una pauta cultural, construida socialmente, por lo tanto, es contingente y varía con el tiempo y el espacio. Refiere a la asignación de roles predeterminados en los que se ubica a la mujer en una posición de subordinación con relación al varón. En este marco se ubican los estereotipos y la violencia contra la mujer. Tal lo dicho por la Recomendación N° 19, CEDAW: *"La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. Los Jueces son garantes de estos derechos y de no hacerlo, se violan*

*principios consagrados en el art. 24 en relación con el 1.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos".*

En este sentido, la actuación judicial, debe estar iluminada por las normativas y recomendaciones de la CIDH. En los presentes, la conclusión arribada, ha sido vertida sin juzgar el contexto de vida y circunstancia de la mujer, en el cual se observan claramente las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres, mencionadas.

Cabe memorar, que existen muchas expresiones del Sistema Judicial con relación a la subordinación de género, que debemos tener presente, y resulta una tarea pendiente. Por ejemplo se dá, cuando el sistema recibe a la mujer inmersa en un conflicto como la violencia familiar, acoso laboral o violencia de cualquier tipo, y no reconoce las especificaciones de su realidad. Entiendo que es la situación que se configura en esta causa, sin dejar de destacar que el tema de la igualdad y no discriminación, es un tema complejo, complejidad que, como es lógico, requiere de respuestas complejas. (Kohen, Beatriz *"La Justicia y la ley. Avances y retrocesos"* Etchegoyen Aldo (Coord.) "Mujer y acceso a Justicia" Buenos Aires 2008. pág. 29).

-Como derivación de lo expuesto, sostengo mi posición de que la exigencia impuesta a la Mujer en el fallo, aparece como una concepción estereotipada y de subordinación, donde se le asignan responsabilidades familiares y sociales que no le corresponden, que no son propias, y en consecuencia, mayores que al varón. A punto tal, que se la considera "partícipe secundario" del acto imputable al progenitor. Dice una parte del fallo: *"quizás en forma involuntaria, fue partícipe secundario del daño causado a su hija"...*[sic] (ver fs. 109 y vta.), cuando la falta de reconocimiento paterno, no es su responsabilidad, sino la del varón gestante.(Art. 254 C.C. Velezano).

O acaso, pregunto, ¿no hizo suficiente la madre llevando adelante sola un embarazo, dando a luz, reconociendo y criando a D.?. Se debió juzgar la cuestión, poniendo en práctica el "Deber de Debida Diligencia", para advertir y evitar las desigualdades que se consagran en las intervenciones judiciales, que algunas veces, hasta pueden estar amparadas por las previsiones legales vigentes. Al Poder Judicial, le corresponde un gran esfuerzo y debe estar atento para advertir, en qué lugar se está produciendo una desigualdad, y actuar de modo inmediato.

Es que no se puede ignorar, que la omisión de reproche, refuerza las nociones estereotipadas según las cuales las acciones de violencia o discriminación contra las mujeres tienen menos importancia, y como contrapartida la falta de condena o valoración judicial es una muestra pedagógica social que naturaliza y admite la falta. (CIDH. Causa "Campo Algodonero" parr. 153).

**II.-**Posicionada en sentencia, advierto que ante el planteo de acción de filiación paterna interpuesto por D. M. B., a posteriori del resultado de ADN., se produjo el reconocimiento. Por lo que, el fallo se reduce a la consideración de la procedencia del daño moral y la fijación de su quantum indemnizatorio.

El reconocimiento es un acto jurídico voluntario, irrevocable para el que lo formula, puro y simple, unilateral, individual y declarativo del estado de familia. (arts. 240, 248 y 249 Código Civil Velezano). Sin embargo que sea voluntario no significa que sea discrecional, ergo, no es una decisión que pueda quedar librada al arbitrio del progenitor. Ello por cuanto tales caracteres deben conciliarse con el derecho del hijo a obtener su emplazamiento en el estado que le corresponde. De este modo, resulta contraria a derecho la omisión de reconocer espontáneamente al hijo, ilícitud que, cuando ha provocado un daño material o moral, justifica el resarcimiento. (conf. CNCiv., Sala E, 25/09/95 JA. 1998-I

síntesis, cit. en conf. Jorge O Azpiri, *"Juicios de Filiación y Patria Potestad"*, Ed. Hamurabi, 2014, pág. 396).

Para que proceda la indemnización, el padre debe "conocer" la situación de hecho o "tener posibilidad" de conocerla. Es decir, que debió actuar con "dolo", o al menos "culpa", pues no se trata de una responsabilidad objetiva. (cfr. obra citada, pág. 374). Fundamenta su procedencia en la Constitución, en el principio de derecho que establece "que no se debe dañar a otro" (art. 19 CN), como asimismo , el de que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de derechos", y en la normativa civil, que concede una acción para reclamar la filiación extramatrimonial (art. 254 CCVZ), lo que permite inferir la ilícitud de la conducta omisiva.

-En este sentido, y continuando con los requisitos de la acción, tengo presente que el derecho de familia se nutre de los cuatro elementos básicos de la responsabilidad. 1)Antijuridicidad, 2)Daño, 3)Relación de causalidad y 4)Factor de atribución. (arts. 1066/67/68/69 CCVZ). Así, la falta de reconocimiento del hijo constituye una conducta antijurídica, un hecho ilícito, que en caso de haber causado daños, sean de índole patrimonial o moral, deben ser resarcidos.

**III.-**En las consideraciones el Juez sostiene que están reunidos los requisitos jurídicos para admitir el daño moral requerido. Para la valoración del quantum, y luego de establecer que la naturaleza jurídica del daño es resarcitoria, concluye que el Sr. V. tuvo conocimiento fehaciente de la existencia de su hija, con la notificación de demanda, y que la conducta omisiva de la madre, tanto en iniciar acciones como en presentarse a juicio la ubican en un lugar de responsabilidad.

Entiendo probado que el demandado tenía conocimiento del embarazo, que mantenía una relación sentimental conocida con la Sra. B. y que la



abandonó en el proceso de gestación. Logro esta convicción luego del detenido e interrelacionado análisis integral de las pruebas obrantes en la causa.

La CIDH en Villagran Morales Vs. Guatemala, 19/11/99 parr.233 argumentó que: "La fragmentación del material probatorio vulnera los principios de valoración de prueba, y que las evidencias deben ser apreciadas en su integralidad, es decir teniendo en cuenta sus relaciones mutuas y la forma como se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo".

Siguiendo el criterio integrador, sostengo que si bien está acreditado que V. como dependiente de "Cooperativa El Progreso Lda." (fs. XX) trabajaba como maquinista en campo "XXX" en Santiago del Estero, esa sola circunstancia no impide que mantuviera una relación de pareja con una mujer en ésta ciudad. Los testigos lo manifiestan (fs. XXX), y declaran que venía semanal o quincenalmente. En este sentido, es de público conocimiento que muchos trabajadores que realizan servicios rurales, lo hacen en localidades vecinas y continúan desarrollando su vida social en el lugar de origen. Tan es así, que la patronal de V., tiene domicilio y sede central en esta ciudad. Por lo que entiendo, el solo hecho de trabajar en otra localidad, no necesariamente impide a una persona, conocer los acontecimientos o sucedáneos de vida de gente de su entorno. Advierto asimismo que en la actualidad reside en la ciudad de XXX, lo que nos da una pauta más de su relación con la comunidad a lo largo del tiempo, y permite inferir la falta de desvinculación absoluta, de aconteceres de la vida de las personas que lo frecuentaron.

Los testimonios acreditan además, la relación, el conocimiento público del abandono de V. y el estado de embarazo de la Sra. B.. Son coincidentes en el conocimiento personal. Tengo la declaración de E. M.C., en idéntico sentido de Y. S., las que deponen que conocían que "V. y B." mantenían una relación sentimental, que estaba embarazada y que él la

abandono. Que conocen la situación en razón de que le compraban ropa para vender a A. B.. (ver fs. XXX). S. manifiesta que ambos iban los días sábados o domingos personalmente a cobrarle.

El testigo S., es el más convincente. Declara que conoce la situación porque "LO VIVIO". Declara, era novio de la hermana de A. en el año '96, que se veían en la casa de la abuela ambas parejas. Que tiene una hija un mes mayor que D., que ambos fueron padres casi al mismo tiempo. Que V. conocía el estado de A., ya que los veía juntos cuando ella estaba embarazada (ver fs. XX).

De lo expuesto logro convicción del conocimiento de V. de la situación desde el primer momento, y que la falta de reconocimiento de su hija lo posiciona en una conducta contraria al orden legal, ilícita por atentar contra lo establecido en el ordenamiento jurídico.

#### **CONSIDERACION ESPECIAL:**

Merece una consideración especial, la posición del sentenciante, que ha responsabilizado a la madre de D. por no haber iniciado acción judicial de filiación en nombre y representación de su hija, y por no haber comparecido a este proceso. Y, en base a ello disminuye el monto de la condena indemnizatoria.

Dice: *"Cabe destacar en este punto la inacción de la progenitora de D. quien en el lapso de los años transcurridos, en ningún momento instó acciones tendientes al reconocimiento paterno de su hija, lo cual, demuestra un marcado desinterés; siendo en cierta forma quizás en forma involuntaria, partícipe secundario del daño causado a su hija" [textual]* (ver fs. XX y vta.). Destaca asimismo que le resulta necesario analizar la conducta de todos los involucrados.

Entiendo, que el solo transcurso del tiempo sin interponer acción de filiación por parte de la madre, o su falta de participación en el proceso,

no por haberse negado a concurrir, sino por no haber sido citada, no puede configurar una conducta apta para constituir una "concausa en la responsabilidad del padre".

Se está imponiendo a una de las partes de la relación, la obligación de hacer de otro, sin valorar la posición de la persona a quien se le está exigiendo mayor responsabilidad, y de este modo, se libera o alivia a quien verdaderamente cometió el ilícito por un hecho propio, incurriéndose en una revictimización.

En la causa, lo que se está Juzgando es la reprochable conducta del progenitor.

Si bien es cierto que las fronteras se están abriendo, y hoy se reconocen daños a las madres incumplientes, eso será materia de una acción contra ellas, respetando las reglas y normas del debido proceso, (art.18C.N.) con demanda o planteo concreto en el proceso por determinada conducta y con derecho a defensa de la imputación. Pero en el caso no se introdujo ni se denunció como concausa la conducta obstructiva de la madre que permita ahora ser objeto de análisis.

Estas acciones o defensas van encaminadas a casos en los que las mujeres hayan negado, ocultado o realizado maniobras obstructivas u obstaculizantes con el fin de esconder la filiación y evitar que sus hijos y sus progenitores puedan gozar del vínculo.

En el caso, no ha existido prueba alguna en este sentido, sino tan solo, la posición del Sentenciante, que ha adoptado dicha conducta valorativa, que a mi criterio no respeta el contenido que surge de lo probado, como tampoco la igualdad como no discriminación, incurriendo de este modo en arbitrariedad y concepciones estereotipadas violatorias de los mandatos convencionales. [CEDAW].

Sobre el tema se ha dicho: "La negligencia en iniciar o entablar las acciones en beneficio del hijo por parte de la madre, también aparece en los nuevos horizontes. Es verdad que hay madres que por razones oscuras de dolor personal y a veces venganza, silencian la existencia del otro progenitor. A esas les alcanzará tal novedad. Pero hay que recordar, a otras muchas madres que son más víctimas que victimarias. Abrumadas como están por la maternidad extramatrimonial, en soledad. Si además de afrontar la empresa de crianza tuvieran que responder por la demora en iniciar acciones, el resultado sería injusto".(-Conf. Alterini, Jorge. Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético. Tomo III-Thomson Reuters ProView cita on line).

Y este injusto se configura, cuando, como en el caso no se valora la estigmatización social que padece una mujer "madre soltera", que ha llevado adelante sola su embarazo, con un padre ausente, o semi ausente, con dolores sentimentales, sin conocer los padecimientos económicos que ello acarrea, ni los esfuerzos de la crianza de una hija, y además se la responsabiliza por no ocurrir a la justicia, determinando por ella, lo que se considera tiempo oportuno para hacerlo.

En el caso *"Baldeon García vs. Perú"* la CIDH 6/4/2006, párrafo 202, dice: "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación". La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuya a reducir o eliminar obstáculos que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses....Caso contrario difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja, disfrutan de un verdadero acceso a justicia.

Evidentemente, la actora conocía quién era su padre, ésta situación no le fue escondida ni negada, por lo que, no es condenable la actitud de la madre que asumió su responsabilidad en el nacimiento y crianza. Reivindico el derecho de una mujer a no tener el valor, o tomar la decisión de no iniciar acciones judiciales, sin negar la paternidad del progenitor, y dar libertad, como en el caso, a su hija para que ELLA en uso de su autonomía, si lo considera necesario, inicie las acciones legales que le corresponden.

"Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales.

Es por eso que la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre, como la violencia, la injusticia, la discriminación, que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad, y el derecho no puede quedarse indiferente a esto". (Canzado Trindade, CIDH. Gutierrez Soler vs. Colombia parrs. 3,4,5.).

-Tampoco resulta razonable la consideración del Sentenciante de la incomparencia al proceso de la Sra. B., en razón de que no fue citada.

**IV.-**Prosiguiendo, en contestación de demanda, V. alega "exceptio plurium concubentium" (ver fs. X) intentando persuadir sobre el supuesto de que la actora haya convivido con otro hombre, en la época inmediatamente anterior a la situación de embarazo. Sin embargo, no existe prueba alguna que permita al menos tomar indicios de dicha posición.

No se probó en la causa fecha de inicio de convivencia de la Sra. B. con el Sr. S., el demandado sólo menciona la situación. En este sentido, la simple manifestación de una intimidad múltiple de la señora, sin acreditación

alguna, y la valoración judicial, no deja de ser una defensa que se enmarca en posiciones patriarcales que pretenden lograr la prevalencia de estereotipos y la convicción o posicionamiento del Juzgador en el lugar de admisión de los dichos del demandado. En los autos *"González Carreño c/ España"* el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) consideró que: "El Poder Judicial no debe aplicar nociones preconcebidas y estereotipantes respecto a las relaciones familiares, la mujer y la violencia doméstica".

Pero es de destacar, que ni aún si el hecho concreto fuera real, el demandado se libera de su obligación de buscar desentrañar la verdadera identidad de la persona recién nacida, a quien debe no sólo respeto sino asistencia y cuidado. El derecho a la identidad, es el derecho que esta directamente comprometido e involucrado con mayor entidad y fortaleza en la acción que nos ocupa. Es un derecho humano del naciente y del reconociente conocer la verdad, y tiene obligación legal de llevar adelante su búsqueda. (Conf. Derecho filial Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales". Marisa Herrera- Natalia de la Torre. Silvia Fernandez-Thomson Reuters "La Ley" pág.7 Ed. 2018.)

**V.-** Es decir, que el Sentenciante actuó excediendo los planteos de las partes, violando así, los principios que consagra el "Bloque de Constitucionalidad Nacional desde 1994" referidos a combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar en un caso concreto situaciones asimétricas de poder. Por el contrario, se ha juzgado con "estereotipos que configuran violencia".

La actuación judicial en estos casos debe estar iluminada por las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *"Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belem do Para, que la violencia contra la Mujer no solo constituye una violación de derechos humanos,*

*sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases" (Fallo "Rosendo Cantú vs. México" Sent. 31/08/2010, par. 18.).*

El comité de CEDAW, en 1995 destacó que la construcción social atribuida a la diferencia biológica entre varón y mujer da lugar a relaciones jerárquicas y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre en detrimento de la mujer.

Califico al abandono de una mujer en estado de gravidez, como un acto de violencia, producto de asignación de roles predeterminados, que imponen a una parte del proceso mayores obligaciones que a otra, con consecuencias previsibles en la psiquis y en la vida de quien lo vive, ya que el hecho producido durante el curso del embarazo, seguramente provoca la obligación de enfrentar muchas vicisitudes. Las psicológicas, las sociales, las de la modificación del cuerpo, que está manifestando de modo constante la situación por la que atraviesa, y que, si se lo pretende ocultar, es imposible.

Mientras tanto el otro partícipe del acto continúa con su vida normal.

En este sentido, el art. 4 de la Ley N° 26485 de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ambitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales", reconoce -entre otros- el derecho de la Mujer "a vivir una vida libre de violencia". Define en forma amplia a la violencia como "Toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física,

psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal".

Y el art. 5 de la ley precitada, define los siguientes tipos de violencia contra la mujer: ...2) Psicológica: refiere a la que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal....4) Económica y patrimonial, apartado c), es la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna.

Entonces, ¿Cómo podemos saber que esa situación de vulnerabilidad no perduró en la vida y en la psiquis de quien la padeció, y como consecuencia de ello, le impidió concurrir a Tribunales a cumplir la obligación de otro? ¿Como podemos obviar esa violencia e imponer a la madre mas responsabilidades aún?. No es posible en base a la normativa expuesta, como criterio orientador y pauta interpretativa integradora de la normativa vigente.

**VI.-** Con relación al Daño moral condenado, el Sentenciante, manifiesta que no está probado en la causa, el daño moral o psicológico sufrido por la accionante.

El daño que nos ocupa, participa de la naturaleza del Daño Moral, y en el caso de esta acción en particular es "re ipsa loquitur", expresión latina que quiere decir que el daño se presume por la naturaleza misma del hecho ilícito que se prueba.

En este sentido, se ha dicho: *"Cabe referir que la falta de emplazamiento del estado de hijo por no mediar reconocimiento voluntario, causa un daño moral que no requiere de especial prueba, desde que se trata de un daño "in re ipsa" que surge de los hechos mismos. La falta de determinación del estado de familia perturba a la víctima en el goce de sus derechos a conocer su origen, a tener su nombre, a tener un padre, a no ser hijo de un desconocido"* (CCLP



114180 RSD-37-12-s 17/05/2012 SUM. JUBA B355715, CAUSA SI26737/2009 del 25-2-16 RSD 6/16 de Sala III").

Por lo tanto, no es menester acreditar una especial afectación para su procedencia. Su naturaleza es resarcitoria, y si la medida del daño que se pretende reparar excede los parámetros normales, deberá estar sujeta a prueba. El crecer sin filiación paterna, asumir el abandono, la negación biológica legal, que implica un desprecio del progenitor, producen secuelas en el crecimiento, formación y personalidad del ser humano, ya no discutida y conocida por todos. Hoy es la era de las luchas por el reconocimiento a la identidad. Es que, es un daño que afecta la dignidad.

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 316:479): *"El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"*. Entonces, coincidiendo con el criterio de la mayoría de la doctrina y la tendencia actual, se considera a la dignidad como la "fuente", el fundamento, el sustrato, en el que se asientan y de la que derivan todos los derechos humanos. Es "precisamente la conexión de un derecho con la dignidad humana la que lo convierte en derecho fundamental".

Pregunto, ¿Cuál será la cuantía del resarcimiento? con que se sienta resarcida una persona que concurre a Tribunales requiriendo amparo a un derecho humano lesionado. Y, entiendo que debe ser una suma prudente, que le permita cubrir ese concepto. Que no implique un enriquecimiento indebido, pero tampoco implique un símbolo, apartado de la realidad económica que termine injuriando al recurrente por su escasez. Es decir, debe estar vinculada de modo inmediato con un valor económico común, móvil y aceptado por toda la comunidad, contemplando también la capacidad de quien deba pagarlo.

Y en este orden, sí advierto que no se ha probado la capacidad económica del responsable. Sólo de las declaraciones testimoniales (fs. XX) surge que en la actualidad se dedica a remisería, traslado de personas en una combi de su propiedad, sin mayor explicación si resulta una actividad próspera o participa del común de esta actividad.

El dinero que se va a otorgar como sucedáneo de la reparación, convirtiéndose en consuelo por el sufrimiento padecido, le debe permitir a la dañada la adquisición de sensaciones placenteras tendientes a eliminar o atenuar aquellas dolorosas que el ilícito le ha causado y que son las que hacen nacer el derecho al cobro del daño moral. (Conf. Rivera Medina (dirs) Código Civil y Comercial, T. IV, pág. 1076, citado por Osvaldo Mario Samuel "*El daño Moral en el Código Civil y Comercial*" Astrea Ed. 2019. Pág. 141).

De esta manera fijo una indemnización equivalente al 50% del SMVM anual (\$XXX x 20 años) desde el Nacimiento de Dana (**XXX/1997**) [cfr. acta de nacimiento obrante a fs. XX] y hasta el momento del efectivo reconocimiento (**XXX/2017**) [cfr. escrito obrante a fs. XX], lo que arrojaría la suma de **PESOS XXX (\$XXX)** en concepto de **DAÑO MORAL**, debiendo el **Sr. M.R. V.** abonar dicho importe a la **Srta. D. M.B.** en el término de diez (10) días de notificación de la presente sentencia, debiéndose aplicar -en caso de incumplimiento- intereses moratorios conforme a la tasa activa anual que para operaciones ordinarias de descuento utiliza el Banco de la Nación Argentina.

Por las consideraciones expuestas es que entiendo se debe **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación interpuesto a fs. XXX., y por ende, **MODIFICAR LOS PUNTOS I) y II)** de la sentencia obrante a fs. XX y vta., en sus partes pertinentes, quedando redactada de la siguiente manera: **I) "ADMITIR EL PAGO DE DAÑO MORAL incoado por la actora Srta. D. M. B., D.N.I. N° XXXX, teniendo en cuenta las constancias de autos y fijándose la**

*indemnización debida al **Sr. M. R. V., D.N.I. N° XXX** por el no reconocimiento voluntario (al momento de su nacimiento) de su hija en la suma de **PESOS CIENTO XXX (\$XXX)** los que deberán ser abonados a la **Srta. D. M. B.** en el término de diez (10) días de notificación de la presente sentencia, debiéndose aplicar en caso de incumplimiento intereses moratorios conforme a la tasa activa anual que para operaciones ordinarias de descuento utiliza el Banco de la Nación Argentina".*

#### **-READECUACION DE HONORARIOS DE PRIMERA**

##### **INSTANCIA:**

Dado que se modificó el monto condenado en el decisorio recurrido, conforme el art. 298 del CPCCh., deben readecuarse los honorarios profesionales, tomando como base la suma de **PESOS XXX (\$XX)**, en consecuencia, regúlense los honorarios profesionales, aplicando las pautas de los arts. 5 (18%) Y 7 (70%), de la Ley Arancelaria, lo que arroja en definitiva para la **Dra. B. M. M.** en su carácter de letrada patrocinante de la parte actora vencedora la suma de **PESOS XXX (\$XX)** y, para la **Dra. S. S.** en carácter de letrada patrocinante de la parte demandada la suma de **PESOS XXX (\$XX)** con más IVA, si correspondiere.

**-COSTAS DE ALZADA**, a cargo de la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota, (art. 83 del CPCCh.).

**-HONORARIOS DE ALZADA:** Para la regulación de honorarios por los trabajos en Alzada se parte de los ahora regulados en Primera Instancia, y sobre los mismos se aplica el 30% de los márgenes del art. 11 de la L.A. y en razón de la importancia, extensión y calidad de los trabajos realizados, lo que en definitiva arroja: para la **Dra. B. M. M.** en su carácter de letrada patrocinante de la parte actora vencedora la suma de **PESOS XXX (\$XXX)** y, para

la **Dra. S. S.** en carácter de letrada patrocinante de la parte demandada la suma de **PESOS XXX (\$XXX).**

Todo con más I.V.A., si correspondiere. Dése intervención a Caja Forense y cúmplase con los aportes de ley. **ASI VOTO.-**

**EL SR. JUEZ HECTOR HUGO SEGUI DIJO:**

Llamado a dirimir en la disidencia planteada en los presentes, adelanto desde ya que comparto los argumentos del Juez de Primer Voto, Dr. Néstor Enrique VARELA por las siguientes razones fácticas y jurídicas que ha continuación expongo:

En tal cometido advierto, ambos colegas preopinantes condenan por daño moral al demandado de autos, el Dr. Varela confirma el monto condenado en la instancia de grado, y expresa: *"...Si bien las circunstancias apuntadas justificarían, la procedencia del daño moral, en lo que hace al fundamento y la fijación de su importe, realizadas hasta aquí las observaciones respecto de la procedencia del daño moral en las delicadas circunstancias que resultan de autos, constreñido por el principio de congruencia (conf. arts. 48, inc. 4º y 179, inc. 6º, Cód Procesal), y en aplicación del impedimento de "reformatio in peius", propongo confirmar el monto indemnizatorio".*

Entiende, conforme éste último principio, no corresponde poner al apelante en peor situación con la que contaba al recurrir por ante la Alzada, lo cual en definitiva condiciona la decisión confirmatoria. Expresa, la insustentabilidad de aumentar el monto del daño moral (y la procedencia del rubro), pues lo impide la propia normativa vigente.

En tanto la Dra. Pisarello funda su procedencia en las acreditaciones de la causa, pruebas genéticas incorporadas y el reconocimiento del demandado, que provoca la orden de emplazamiento emanada del Juzgador, no recurrida en autos. Que no resulta insustentable el tratamiento de los agravios

referidos al daño moral condenado, fundado en la coexistencia de filiaciones. Así, condena por daño moral elevando el monto.

Dice, el fallo de primera instancia no ha sido dictado con "*perspectiva de género*", como pauta hermenéutica constitucional, es decir no ha tenido presente los principios convencionales y constitucionales de igualdad, como "no discriminación" y el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

También expresa, el Sentenciante actuó excediendo los planteos de las partes, violando así, los principios que consagra el "Bloque de Constitucionalidad Nacional desde 1994" referidos a combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar en un caso concreto situaciones asimétricas de poder. Por el contrario, se ha juzgado con "estereotipos que configuran violencia".

Considera probada y conocida por el demandado de la existencia de D.. Que, el daño en análisis, participa de la naturaleza del Daño Moral, y en el caso de esta acción en particular es "*re ipsa loquitur*", expresión latina que quiere decir que el daño se presume por la naturaleza misma del hecho ilícito que se prueba.

Así delimitadas las posiciones, como lo adelanté me inclino por la posición sustentada por el Juez de Primer Voto, Dr. Néstor Enrique VARELA, no sin antes reconocer los fundamentos brindados por Dra. Elia Nilfa PISARELLO, solo que entiendo no aplicables al caso.

Comparto el voto emitido en primer término, por cuanto, como se probó en autos la accionante posee doble filiación, en contradicción al art. 578 CCyC.

Dicha norma sostiene el principio general del derecho filial: '*nadie puede tener más de dos vínculos filiales*' y, actualmente en el CCyC, ese

máximo de dos vínculos filiales lo es con total independencia de la orientación sexual y el sexo de los progenitores.

Una de las consecuencias del máximo de vínculos filiales reside, en la imposibilidad de que se pueda proceder a reconocer a una persona o plantear una acción de reclamación si esa persona ya ostenta un doble vínculo filial. Se trata de una regla de orden público, que prima sobre la autonomía de la voluntad.

Entonces, fundado en este principio, el CCyC mantiene la postura legislativa por la cual, si se pretende un emplazamiento filial y la persona ya ostenta un doble vínculo como es el caso de autos, debe procederse a la correspondiente acción de desplazamiento impugnación para que después proceda el pertinente emplazamiento filial.

Andrés GITTER dice en: *"LIBRO SEGUNDO. RELACIONES DE FAMILIA TITULO V. FILIACION CAPITULO 5. DETERMINACION DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL: Artículo 573: "1. **Mantenimiento de los caracteres del reconocimiento del hijo.** El Código Civil y Comercial de la Nación opta por mantener sin modificaciones los caracteres del reconocimiento en el derecho argentino, es decir que éste será irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales ni requiere aceptación por parte del reconocido.*

*En esta materia continúa la tradición según la cual el reconocimiento tiene consecuencias jurídicas de pleno derecho y sin ningún tipo de intervención del reconocido, **quien en caso de pretender hacer caer dicho reconocimiento, deberá accionar por la impugnación de la paternidad extramatrimonial.** ("Código Civil y Comercial de la Nación." Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014).*

Entiendo, primero debió iniciar la acción de impugnación de reconocimiento -que está inscripto en Registro Civil, conforme constancia de autos- y después proceder al pertinente emplazamiento filial y allí nacería la derecho a solicitar condena por daño moral, no habiéndolo hecho veda toda posibilidad de reclamo.

En otros términos, sin la existencia del daño no habría obligación alguna de resarcir, porque el daño es la causa fuente de ésta (arts. 499 y 500 del CC. arts. 281 a 283 CCyC.) en cuanto a que no hay obligación sin causa, es decir, que no se derive de uno de los hechos, de uno de los hechos lícitos o ilícitos o de las relaciones civiles).

Dicen KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora y MEDINA, Graciela que: *"La regla del doble vínculo filial, esto es, si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación. (artículo 252 del Código derogado y 578 de la reforma). La diferencia entre uno y otro cuerpo normativo es que antes se hacía referencia a la imposibilidad de tener dos madres o dos padres, mientras en el nuevo Código se neutralizan los conceptos al hablarse de "doble vínculo filial", superándose el histórico binomio maternidad/ paternidad. El mantenimiento de la limitación del doble vínculo, ahora con contenido sexual neutro, no resulta una disposición menor de la reforma, ya que permite desterrar las posibilidades elucubradas en la doctrina luego de la sanción de la ley 26.618 en relación a que el niño pueda tener vínculo filial con más de dos personas y que tanta preocupación habían causado". (cfr. "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual" LL 20/9/2010., "El proyecto de matrimonio homosexual. Vulneración del interés superior del niño. Caos filiatorio", La Ley del 24/06/2010).*

Asimismo: *"El Código Civil en vigencia recepta de manera expresa y precisa que ninguna persona puede tener mas de dos vínculos filiales; es decir se mantiene el sistema binario; de allí que si alguien -que ya tiene doble vínculo- pretende generar un vínculo filial con otra persona se deberá proceder previamente a impugnar uno de ellos para el posterior emplazamiento".* (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Marisa Herrera, Nora Lloveras, ob. Cit., pág. 449/451).

Por tanto, ante la falta de recurso del demandado entiendo vedado su rechazo, de conformidad a los argumentos esgrimidos. Pero, sin perjuicio de ello confirmo la condena y su monto.

Concluyo, apoyado en derecho y doctrina nacional, ninguna duda cabe que la postura del voto al que adhiero, fundando el monto de condena por daño moral en el principio de *reformatio in pejus*, entendido éste como el que emerge en abstracto de la conducta del jurisdicente, a través de la cual desmejora la condición del apelante, sin que haya mediado el ejercicio del precitado recurso por la contraria, resulta la más ajustada a derecho. **ASI VOTO.**

Con lo que se dio por terminado el presente Acuerdo, firmando los Señores Jueces por ante mí que doy fe.-

**ELIA NILFA PISARELLO**  
**JUEZA**  
**SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL**

**NESTOR ENRIQUE VARELA**  
**JUEZ**  
**SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL**

**DR. HECTOR HUGO SEGUI**  
**JUEZ SUBROGANTE**  
**SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL**

**Dra. SILVINA ANTONELLA LOBOS**  
**SECRETARIA**  
**SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL**



## **S E N T E N C I A**

**Nºxxxx**

Xxxxx , 28 de octubre del 2020.-

Por las razones expuestas en el Acuerdo que antecede, esta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo, **SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL,**

### **RESUELVE:**

**I.-RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. xxx. y, por ende, **CONFIRMAR** la Sentencia obrante a fs. xxx vta., por los motivos expuestos en los considerandos.

**II.-ORDENAR** al Juez de la causa que señale audiencia a la que deberán concurrir los interesados, con la presencia de letrado que preste asistencia al Sr. E. E. S. y del Ministerio Público (art. 35 CCyCN y art. 204 Ley 2950-M) debiendo comparecer, según el caso, el curador, el o los apoyos designados en presencia del Equipo Interdisciplinario. Todo de conformidad a lo dispuesto en los considerandos que anteceden.

**III.-COSTAS DE ALZADA:** a la actora recurrente vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota, en aplicación de lo dispuesto por el art. 83 del CPCCCH..

**IV.-HONORARIOS DE ALZADA:** Para la **Dra. B.M.M.** la suma de **PESOS xxxx (\$xxx)** en carácter de letrada patrocinante de la parte actora recurrente, y la suma de **PESOS xxxx (\$xxx)**; y para la **Dra. S. S.**, la suma de **PESOS xxxx (\$xxx)** en carácter de letrada patrocinante de la parte demandada.

**V.-NOTIFIQUESE** al Sr. Representante de Caja Forense. Las regulaciones de honorarios se harán con más IVA si correspondiere.

**VI.-HAGASE SABER** a las partes, de acuerdo a lo dispuesto por la Acordada 340 del S.T.J., que la Resolución íntegra se encuentra en la

causa a disposición de las mismas, como así también la posibilidad de obtener fotocopia de ella a cargo del solicitante.

**VII.-NOTIFIQUESE,** regístrese, protocolícese y oportunamente, devuélvase. Tómese razón en los libros respectivos.

**ELIA NILFA PISARELLO  
JUEZA  
SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL**

**NESTOR ENRIQUE VARELA  
JUEZ  
SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL**

**DR. HECTOR HUGO SEGUI  
JUEZ SUBROGANTE  
SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL**

**Dra. SILVINA ANTONELLA LOBOS  
SECRETARIA  
SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL**

***EL 30 DE OCTUBRE DE 2020***  
***Salió a despacho.- C O N S T E***

**Dra. SILVINA ANTONELLA LOBOS  
SECRETARIA  
SALA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL**