

En la ciudad de Dolores, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa N° 96.272, caratulada: "WISKI, ANA ROSA C/ WISKI, JUAN BERNARDO S/ DAÑOS Y PERJ. DEL/CUAS.", habiendo resultado del pertinente sorteo (arts. 263 del CPCC; 168 de la Constitución Provincial), que los Señores Jueces debían votar según el siguiente orden Dres. Silvana Regina Canale, María R. Dabadie y Mauricio Janka.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

#### C U E S T I O N E S

Primera ¿Es justa la sentencia apelada?

Segunda ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

#### V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA CANALE DIJO:

I. A través del decisorio apelado la titular del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2 departamental rechazó la demanda que por daño moral promoviera la Sra. Ana Rosa Wisky contra su progenitor Juan Bernardo Wisky y le impuso las costas del proceso.

Contra esa forma de decidir apela la accionante a fs. 282, recurso que se concede a fs. 283 y se sustenta con la expresión de agravios de fs. 298/302, mereciendo réplica a fs. 304/305. Firme el llamado de fs. 307, quedaron los autos en condiciones de ser resueltos en esta Instancia.

Se agravia la recurrente –accionante- por cuanto considera que ha quedado acreditado que el demandado, sin perjuicio de haber tenido efectivo conocimiento acerca del embarazo de Norma Susana Palotta, eligió negarle su derecho a la identidad.

Asimismo se duele por la forma en que han sido valorados los testimonios por ella ofrecidos, siendo que a su entender resultan hábiles, directos y uniformes respecto de los acontecimientos ventilados en autos. Afirma que el daño que ha sufrido debe ser resarcido.

En subsidio, solicita que las costas sean impuestas por su orden.

II. De forma preliminar cabe señalar que el daño moral en materia filiatoria tiene carácter eminentemente resarcitorio, derivado de la existencia de una ilicitud civil, que aquí se daría ante el no reconocimiento espontáneo del hijo biológico extramatrimonial por parte del accionado, generando la omisión incausada de reconocimiento, lesiones a sus más íntimas afecciones, entre ellas su identidad. Así lo ha puesto de relieve la jurisprudencia y la doctrina (Sup. Corte de Mendoza, Sala 1ª 24/7/2001, "D.R.C. c/ A.M.B." voto Dra. Kemelmajer de Carlucci con sus remisiones; ver Medina Graciela "Cuantificación del daño en materia de familia", en Rev. Derecho de Daños 2001-1, "Cuantificación del daño", aut. cit. "Prueba del daño por la falta de reconocimiento del hijo. Visión jurisprudencial", Rev. Derecho de Daños N°4 "La prueba del daño", 1999, pág.11 y con antelación aut. cit. "Responsabilidad civil por la falta o nulidad de reconocimiento del hijo..." 1998-III).

En tal sentido, se trata de una responsabilidad subjetiva, con fundamento en la culpa o dolo de quien sabiendo, o debiendo saber, que es padre, se sustrajo a su deber jurídico (Zannoni "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo", en anotación a fallo C.N.Civ. Sala F 19/10/89 "R., E.N. c M., H.E." L.L.1990-A-3).

Sentado ello y frente al agravio traído por la actora que radica exclusivamente en el rechazo de la reparación del daño moral sufrido, se advierte que debe considerarse la conducta de ambas partes tanto en

la etapa judicial como prejudicial a los fines de establecer la procedencia y, en su caso, el monto concreto de la condena.

Para dar inicio a la tarea cabe considerar en primer lugar que las presentes actuaciones tienen inicio con posterioridad al reconocimiento filial del demandado, así pues eso es lo que surge del relato de la actora (v, fs. 20/34), haciendo lo propio el demandado en su contestación (v, fs. 49/62).

Luego de una comunicación extrajudicial cursada a quien ha sido aquí demandado, Ana Rosa y este último procedieron a realizarse en forma privada el respectivo análisis de histocompatibilidad genética, del cual surgió el vínculo genético que los une: “el cálculo estadístico muestra que Juan Bernardo Wisky tiene una probabilidad del 99,9% de ser el padre biológico de Ana Rosa Palotta” (v, fs. 4/6, 16); siendo que el mismo posteriormente concurrió al Registro Civil a fin de formalizar el reconocimiento pertinente (v, fs. 7).

Ello así, sin dejar de advertir la existencia de un error numérico en la fecha consignada en el informe adjuntado, del cual surge que la muestra para dicho examen fue remitida el día 28/5/2006 (v, fs. 4 y 45), cuando en realidad lo fue el 28/5/2009, tal como surge de la factura de pago (v, fs. 93), del informe médico legal acompañado por la accionante junto con la demanda (v, fs. 8) y de las propias manifestaciones contenidas en la expresión de agravios (v, fs. 293), cuando afirma que el demandado procedió a practicarse el análisis de ADN luego del reclamo formalizado por la accionante a través de una carta documento, que data del día 28/4/2009 (v, fs. 16).

Así pues se advierte que prima facie el demandado demostró su disponibilidad habiéndose sometido al análisis de rigor y efectuado el reconocimiento pertinente sin necesidad de acción judicial y en forma voluntaria; en otras palabras realizó actos concretos y suficientes para reconocer a su hija.

En consecuencia y encontrándose firme lo anterior el meollo de la cuestión radica en determinar si, tal como lo afirma la accionante, el Sr. Wisky tenía conocimiento previo de su paternidad o si bien lo ignoraba, como lo asevera el accionado.

En ese camino debemos tener presente que no es el “no reconocimiento” el hecho material que per se genera responsabilidad civil, sino que es necesario que concurren los restantes presupuestos: atribución subjetiva, daño y relación causal. Entre las eximentes tenemos -señala Graciela Medina- la falta de culpa cuando se ignore la paternidad, el caso fortuito, o la imposibilidad de reconocerlo (Medina, G. “Responsabilidad Civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo. Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente”).

Es que “desde hace tiempo la jurisprudencia reconoce el derecho del hijo a la reparación de los daños causados por falta de reconocimiento voluntario... sin embargo, el sólo hecho de la ausencia de reconocimiento no basta para que proceda la reparación. Ella exige reunir los recaudos de la responsabilidad civil; así, debe haber una acción antijurídica o acto voluntario expresamente prohibido por ley, imputación de dolo o culpa para su autor, y es acción antijurídica debe causar, en relación de causalidad adecuada, un daño” (Conf. Lorenzetti “Código Civil y Comercial Comentado” Ed. Rubinzal – Culzoni t. III p. 642).

A fin de acreditar en el caso la concurrencia de la primera exigencia mencionada la actora produjo sólo prueba testimonial, y si bien es necesario considerar que los testimonios en cuestiones que poseen vinculación con las asuntos de familia tienen una relevancia que no existe en pleitos de otra naturaleza, no es posible desconocer el principio general previsto por el art. 375 del CPCC se mantiene incólume, lo que me lleva a sostener que Ana Rosa debió acreditar que su progenitor aun teniendo conocimiento de su existencia omitió reconocerla espontáneamente.

Así pues se advierte mayor énfasis probatorio en la acción desplegada por la actora respecto de la acreditación del daño sufrido, en mengua de la debida prueba que debía erigir en autos respecto de la atribución de ese daño al accionar de su progenitor.

En ese camino tenemos el testimonio de María Adela Torilla quien manifestó conocer a la accionante desde hace dieciocho años siendo que convivió con la misma (v, fs. 159/160). Expresa que sabía que Ana Rosa era hija del demandado porque “ella –la accionante- me lo contó” (tercera pregunta). Ampliado el interrogatorio por la letrada patrocinante de la actora, afirmó en relación al demandado que prácticamente lo conoce desde chico aunque “no he tenido trato con él”; y que si bien tenía conocimiento de que Wisky sabía que Ana Rosa era su hija antes del reconocimiento, era por “comentarios de Ana, por comentarios de algunas amigas de Ana, directamente de él no lo sé”.

A continuación prestó testimonio Paola Julieta Galván (v, fs. 161/162), expresa conocer a la actora desde hace diecisiete años aproximadamente, preguntada acerca de cuál ha sido la actitud de Wisky para con Ana Rosa sostuvo “me acuerdo que –la accionante- le mando una carta documento para que se presente para hacerse el ADN... Él no se negó para nada y fue directamente a hacerse el ADN. Después sin avisarle le cambió la identidad, le puso el apellido, algo seco y nada más”.

Asimismo respecto a si Wisky conocía la situación con anterioridad a practicarse el examen de ADN manifestó que “si... lo sé porque una vez me lo conto Ana... nunca hablé con Bernardo Wisky”.

Finalmente Norma Beatriz Palotta, tía de Ana Rosa, refirió que tanto sus hermanas como ella conocieron al demandado en oportunidad en que la progenitora de Ana Rosa trabajaba realizando la limpieza de la vivienda de Rosana Montaldo y Miguel Melón en el año 1973 aproximadamente. Relató que salían en parejas, y que cuando Susana le comentó al demandado que estaba embarazada, el mismo le habría dicho que se arreglara como pudiera, que a él no lo molestara y que por ello tuvo que dejar de trabajar en la vivienda de Montaldo.

Más allá de verificar pasajes del testimonio que entiendo no cabe reiterar aquí dado que podrían resultar agraviantes para la propia accionante, debo destacar que frente a la pregunta referida a si la testigo sabía que el demandado tenía conocimiento acerca del embarazo de su hermana, la misma expresó que sí, dado que en esa momento convivía con Norma Susana y la misma le habría comentado llorando que había hablado con el demandado sobre el embarazo y que aquél le habría dicho que no lo molestara (v, fs. 163/164).

Las referidas declaraciones si bien resultan concordantes en los hechos que narran provienen de personas que, en el caso de los dos primeros, no han tenido contacto directo con las situaciones que describen en lo absoluto, habiendo recibiendo la información de boca de la actora, y respecto de la tercera podría decirse que si bien habría estado presente y compartido momentos con los progenitores de Ana Rosa a la época de la concepción -a través de salidas y encuentros amistosos- tampoco percibió por su sentidos el acto propio del anociamiento al presunto padre.

Sabido es que el objeto del testimonio en un proceso judicial debería estar dado por aquello que los testigos han percibido por sus sentidos, ya que los declarantes de “oídas” no resultan eficaces a fin de acreditar lo que han conocido sólo por que otros se los han contado, cuanto menos cuando resulta la propia interesada la que les ha transmitido esa información. Ello no implica presumir la mala fe de las personas que se acercan a dar su versión de los hechos al juez, sino poner como dice la expresión “blanco sobre negro” respecto a que hechos han sido acreditados en el marco del proceso, o que al menos, ha sido puesto en duda respecto de cómo o si han ocurrido.

En su virtud tengo para mí que los testimonios brindados no han resultado eficaces para tener por acreditados los hechos postulados por la actora en el libelo inicial.

Por lo demás no resulta menor a los efectos del presente el contenido de la carta documento remitida en el mes de abril del año 2009 al demandado, agregada por la propia accionante, a través de la cual se lo convocó a una reunión en un estudio jurídico “con el propósito de intentar lograr un avenimiento respecto de la situación de extrema reserva a tratar oportunamente” (v, fs. 16). Ello así pues si la situación fuera

conocida desde el inicio del embarazo por el demandado –tal como se afirma en la demanda-, no es fácil comprender el por qué de la terminología ambigua e imprecisa empleada en esa comunicación extrajudicial, cuando podría hacerse expuesto que la cuestión a tratar versaba sobre la paternidad del aquí demandado respecto de la accionante.

Finalmente resta señalar que resulta extemporánea la aserción contenida en la expresión de agravios más precisamente en el apartado “III i” donde se afirma que “la madre de la actora inicia y transita la relación con el demandado, a la par que trabajaba en el domicilio del señor Wisky” lo que fuera reiterado más adelante al sostener que “Wisky conoció y trasuntó el embarazo de su hija, en tanto la progenitora prestaba tareas domésticas en su propiedad”, pues ello no es lo que surge del escrito de inicio y de la testimonial brindada por Norma Beatriz Palotta, donde se plasmó que Norma Susana prestaba tareas en la casa de la familia Montaldo y no en el domicilio del demandado.

En ese camino entiendo, junto con la sentenciante de grado, que de las constancias de la causa no surge en forma inequívoca -ni cabe presumir- que Wisky conociera su paternidad respecto de Ana Rosa con anterioridad a la realización del examen de ADN, lo que además se condice con el comportamiento por él desplegado, pues –como ya se dijo- actuó en forma voluntaria tanto frente a la realización del examen de ADN como así también al situar a Ana Rosa en el emplazamiento familiar que le correspondía.

Pues reitero la actora no debió acudir al órgano jurisdiccional a fin de lograr el emplazamiento filiar, lo que sucedió sin que ello fuera necesario; en su virtud aquí debió acreditar que la inacción anterior de su progenitor era culpable y deliberada lo que en el caso no ocurrió (art. 375 del CPCC) y ello inhibe la posibilidad de verificar el acaecimiento o no del daño alegado, pues aun en el caso de que efectivamente existiese no cabe hacer responsabilizar al demandado por el mismo.

En efecto no habiéndose acreditado de modo alguno que el progenitor de Ana Rosa haya tenido noticia fehaciente de su existencia, está ausente el elemento subjetivo del conocimiento de ese hecho que constituye el factor de imputación del cual deriva la eventual responsabilidad del padre no reconociente, circunstancia que lleva a desestimar el agravio traído a esta instancia.

Por todo lo argumentado, tengo plena convicción que debe confirmarse la sentencia traída en apelación respecto de lo principal que decide como así también respecto de las costas, pues no se verifica ningún elemento que permita apartarse de la regla general respecto de la carga en costas que debe soportar el vencido.

III. Costas. Las cosas de esta instancia se imponen a la recurrente vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC).

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN LA SEÑORA JUEZA DRA. DABADIE DIJO:

I. No comparto la opinión vertida por la distinguida y respetada colega preopinante, mi disentir radicada en el proceso de valoración probatoria con la finalidad de acreditar el nexo de causalidad entre la conducta del accionado y el daño alegado por la actora-recurrente, en otras palabras no comparto la inexistencia de ilicitud en el comportamiento de J. B. W. por lo que no se habría configurado eximente alguna a su responsabilidad.

II. He de señalar que en virtud de arribar perdidosa a esta instancia la accionante corresponde transitar la cuestión por dos andariveles; el primero por la verificación de si se ha probado o no la ilicitud en la conducta del demandado a fin de establecer si la acción ha de prosperar o no, en caso afirmativo será el turno de decidir la procedencia del daño reclamado, teniendo en vista que el accionado bien pudo acreditar alguna eximente a su responsabilidad, y en su caso su cuantía; en tanto, el segundo por el de la anticipación del ejercicio de las pautas de la apelación adhesiva, en referencia a la recomposición positiva de la litis;

todo ello a fin de no violentar normas de raigambre constitucional como lo es el art. 18 de la Const. Nacional y la tutela judicial efectiva que alberga el art. 15 de la Const. Provincial (SCBA, causa 88.683, sent. del 12-XII-2007, voto JUEZ HITTERS).

III. Los agravios. Su tratamiento.

a. Situación jurídica. Valoración probatoria.

En forma previa a tratar los agravios de la quejosa que giran sobre la valoración probatoria esencialmente, he de tener presente que si bien el Código Velezano nada decía sobre la reparación, ya sea bajo la forma de daño moral y/o material, causada al hijo extramatrimonial por la falta de reconocimiento paterno, es lo cierto que ha sido la jurisprudencia quien con la normativa disponible abrió poco a poco aquella compuerta indemnizatoria; mientras que no es poco decir, en el CCyCN ha tenido acogida con incorporación de la figura en el art. 587.

En ese rumbo el Superior Tribunal local predica que la falta de reconocimiento del progenitor constituye un hecho ilícito que genera su responsabilidad civil, por conculcación del derecho subjetivo del hijo a su identidad biológica, lo que tiene sustento constitucional –arts. 75 inc. 22 CN; 32 Pacto San José de Costa Rica, entre otros- e infra constitucional (doct. arts. 248, 254, 1066, 3296 bis y concs. Cód. Civ.).

La voluntariedad del reconocimiento paterno no lo desliga del cumplimiento de ese deber lo que constituye en antijurídica la conducta de quien teniendo conocimiento de su paternidad no reconoce a su hijo/a en tiempo propio (S.C.B.A., Ac.64506, D.M., R. c/R.A., R. Reclamación de estado de Filiación”, voto de la mayoría de los Dres. de Lázzari y Negri, A. y S. 1998-V-705).

Como lo ha dicho la Dra. Canale con cita de reconocida doctrina, sabido es que para configurar la responsabilidad civil del progenitor es necesario contar con los elementos propios de aquella, que no son otros que; atribución subjetiva, daño y relación causal. Para eximirse de responsabilidad el accionado tiene sobre su espalda acreditar la falta de culpa cuando se ignore la paternidad, el caso fortuito, o la imposibilidad de reconocerlo, resultando por ello como dije esencial la valoración de la prueba producida.

En este caso, y por aplicación de esos principios, la conducta reconociente del demandado sólo tiene apariencia de voluntariedad razón la que no resulta suficiente para destruir la relación causal consolidándose como eximente, toda vez que como ha de quedar demostrado con la atribución de la carga probatoria y el mérito de la prueba producida, J.B.W. no realizó en forma voluntaria actos suficientes para reconocer a A.R.W., sino que lo hizo como consecuencia de una convocatoria.

Tal como señalé en párrafos precedentes para destruir la relación causal es lo cierto que el demandado debe probar la existencia de alguna eximente a fin de acreditar que el reconocimiento de su hija fue temporáneo y voluntario, hecho que no se da en este proceso dado que como anticipé debió ser convocado por carta documento (fs. 16) a una entrevista con una profesional del derecho luego de la que se realizó la prueba genética.

Téngase en cuenta que la misiva tiene data del 28/04/2009 y sin mediar respuesta alguna J. B. W. concurrió a la convocatoria, conducta que me hace inferir sus sospechas sobre alguna cuestión relativa a la esfera más íntima de su vida relacionada con quien era su hija biológica, ya que la carta documento dice de modo literal “Le curso la presente en representación de la Srta. Ana Palotta, a los efectos de convocarlo a una reunión..., con el propósito de intentar lograr avenimiento respecto de la situación de extrema reserva a tratar oportunamente....”. En cuanto al argumento que del texto no surge la cuestión a debatir, de acuerdo con los usos y costumbres abogadiles y en este caso particular lo delicado del asunto, no encuentro nada que llame mi atención a su respecto; por el contrario la conducta de la letrada interviniente ha sido de sumo respeto hacia la intimidad de su cliente y del padre presunto, hasta ese momento.

Con relación a la carga probatoria en uso de los poderes deberes de los jueces entiendo que en casos como el que me ocupa la misma debe desplazarse a quien no realizó el reconocimiento oportuno, toda vez que al no haber intervenido en este proceso la madre de A. R., a esta como hija reclamante se le torna muy difícil acreditar la relación íntima que hubo entre sus progenitores y la conducta del demandado ante el conocimiento que pudo tener de su concepción y nacimiento; en otras palabras la naturaleza de los hechos me lleva a sostener que ha de ser el demandado quien tiene sobre sí la carga probatoria de todas las negativas formuladas al contestar la demanda. En este camino se han manifestado los Dres. Kogan, De Lazzari y Soria al votar en la C 17.806 S 01/06/2016, minoría que resulta referenciante y así la he considerar.

Ya en el sendero de la valoración probatoria, se debe realizar con relación a la testimonial ofrecida por ambas partes; prueba que por otra parte ha de tener ser determinante para declarar la admisión o no de la pretensión actoril, pues resulta a los fines de acreditar la responsabilidad del demandado la única prueba producida.

De allí que las declaraciones de los testigos deben ser categóricas, amplias, sinceras, con razón de sus dichos y no dejar dudas (arts. 375, 384 CPCC).

#### 1. Testigos parte actora:

La testigo de la actora más relevante, que me atrevo a anticipar ha de marcar el rumbo de mi decisión, es la señora Norma Beatriz Palotta (fs. 163/164) que declaró en presencia de los letrados de ambas partes (v. fs. 159) y debidamente interrogada sobre las generales de la ley manifestó ser hermana de la madre de la actora o sea tía de A. R.. La testigo respecto de J. B. W. dijo que si lo conocía porque "... la Sra. Norma Susana Palotta estuvo trabajando con la Sra. Rosana Montaldo y con el Sr. Miguel Melon, trabaja en la limpieza de la casa, doméstica. Ahí conocimos mis hermanas y yo a señor Bernardo Wiski. Eso fue en el año 1973 aproximadamente. Ahí empezamos a tener una relación, ella Susana con el Sr. Bernardo Wiski, salíamos a tomar algo a la confitería salíamos en pareja. Ella salía con él, iba al campo de ellos, en el campo "la Victoria". Después empezaron los problemas, mas o menor en 1974. Después ella quedó embarazada, se acercó a él para decirle que estaba embarazada, sé que él le dijo que se arreglara como pudiera que a él no lo molestará..." agrega en la pregunta cuarta respecto de la frecuencia de las salidas que "... todos los fines de semana durante que tuvimos relación con los señores. Desde mitad del años 1973 hasta 1974, porque la nena nació en 1975. Cuando ella le dijo estaba de tres meses. Ella le pidió si le podía pagar un aborto y él le dijo que no."

En la pregunta sexta la testigo indicó que cada vez que cruzaban por la calle a W. el miraba para otro lado; como así que tampoco se acercó a la niña (pregunta 7ª).

Con relación al lugar en que transcurrió la vida de A. R., relató que vivió en el campo con la madre y su pareja, más tarde fue a Gral. Madariaga, lugar en el que trabajaba en servicio doméstico.

También prestaron declaración; María Adela Torrilla quien conoce a la actora desde hace 18 años por ser amiga de su hermana y vivió con su familia (fs. 159/160) y Paola Julia Galván que también dice conocer a la señora Wiski desde hacer 17 años porque A.R. trabajaba en un negocio cercano a su domicilio (fs. 161/162).

La primera dijo conocer a B. W. desde chico y que pertenece a una familia conocida de Madariaga (respuesta segunda ampliación), agregó que la accionante había tratado de hablar con el nombrado pero nunca tuvo diálogo. En cuanto a la segunda testigo refiere conocer hechos más cercanos en el tiempo pues se refiere al envío de una carta documento para hacerse el ADN (sexta ampliación). Ambas testigos afirman conocer los hechos por el relato de la actora.

Ahora bien, la declaración de la señora Palotta resulta incuestionable por haber dado un relato pormenorizado, con detalles y contemporáneo a los sucesos que aquí se debaten, respecto a si J.B.W. sabía o debía saber que de la relación íntima con su hermana, N. S. P. había tenido prole; ello así en tanto es la única testigo que recrea los hechos al tiempo de la concepción de A.R..

Este testimonio si bien es el único prestado en ese marco, no por ello es descalificable por el contrario resulta relevante, pues en su condición de hermana de la madre de A.R.W., es la persona más cercana para confiar una situación estigmatizante en los setenta como lo era tener un hijo siendo soltera.

Prueba del oprobio social, sin importar el nivel socio-cultural-económico de la mujer era de tal magnitud, reside en que la madre de A.R. sólo pidió dinero para abortar. No es posible dejar de considerar que los hechos sucedieron en una pequeña comunidad del interior de la provincia de Buenos Aires –Gral. Madariaga- en la que los rumores corren con ríos.

En cuanto a las dos testigos restantes a las que mi colega pre-opinante descalifica por considerar que el testigo conocido como “de oídas” carece de valor probatorio.

No comparto tal posición pues la considero extrema y falta de consideración al tema que me ocupa, me refiero de modo concreto a aquellas situaciones de la vida que pertenecen a lo más íntimo de sus protagonistas, quedando en algunos casos como un secreto guardado bajo siete llaves.

Con esa guía de apreciación el mérito del testigo de oídas, si bien es restringido, no puede descalificarse con tanta facilidad en tanto se advierte que tanto Torrilla cuanto Galván relataron los hechos tal como se los había relatado Ana Rosa, mas en ningún momento vertieron suposiciones o deducciones meramente subjetivas; razones estas por las que si bien el examen de las declaraciones ha de ser exhaustivo ha de tener un valor que sumado a los dichos de la Señora Palotta se tornan verosímiles y valiosos en el marco de este proceso a fin de acreditar si en el devenir histórico existieron elementos suficientes para entender que J.B.W. sabía o debía saber razonablemente de la existencia de un hijo/a fruto de su relación íntima con N.S.P. en un lapso temporal razonable para que se hay producido de esa unión la concepción de la actora (SCBA Ac. 90.993, 5/4/2006, Juba sumario B3100045).

## 2. Testigos demandada

Por su parte el accionado como únicos medios para eximirse de responsabilidad en el reconocimiento tardío y no voluntario, sólo produjo la testimonial.

De allí que a fin de valorar esa prueba tengo que Claudio José Montaldo (fs. 193), Alfredo Clemente Rincón (fs. 198) y Juan Gustavo Adolfo Gorosterrazu (fs. 199) depusieron a tenor del interrogatorio de fs. 168 en acto al que asistió el letrado del demandado proponente ni el de la actora; por lo que interrogados por las generales de la ley los tres señalaron no estarlo. En tanto respecto de lo medular que está contenido en las preguntas segunda, tercera y cuarta respondieron de modo conteste y escueto, vale decir sin detalle alguno que pueda resultar de utilidad al proceso. Así afirmaron que conocen a J. B. W. desde hace mucho tiempo, que no conocen la existencia de hijos extramatrimoniales del nombrado como así que no saben de la existencia de otra hija; por su parte Gorosterrazu agregó al responder la pregunta tercera “..., pero Bernardo me contó hace dos o tres años que aparentemente tendría un hijo extramatrimonial.”. En tanto el testimonio fue prestado en el año 2014 es obvio que se refiere a la existencia de A.R..

En suma estos testimonios no desvirtúan las declaraciones prestadas por las testigos ofrecidas por la acora como así tampoco a acreditar las negativas dadas en el responde de demandada. Los dichos señalados en nada contribuyen a su fin de eximir de responsabilidad al demandado en el reconocimiento tardío y no voluntario de su hija, conducta que se vislumbra como culposa en tanto se debe a una conducta tendiente a ignorar la existencia de aquella y displicente, de quien tuvo una relación amorosa e íntima con una mujer sin atenerse a las consecuencias que la misma podría conllevar y en el caso tuvo. La escasa edad alegada por J.B.W. en nada modifica la situación, pues contaba con 20 años, en otras palabras tenía madurez suficiente para conocer la consecuencia de sus actos.

La decisión simplificada que se da en el voto que disiento anda por el camino de que la cuestión no puede ser así decidida como allí lo ha sido, en tanto estamos ante un “caso difícil” conforme la terminología de Neil Mac Cormick y resulta inevitable para los magistrados realizar el debido balancing de que nos habla

Robert Alexy en su teoría de la argumentación jurídica caso contrario caeríamos en un proceso de subsunción erróneo con una consecuente condena injusta.

Entonces si el factor de atribución subjetivo de la responsabilidad al padre renuente no nace de su comportamiento ante la demandada, sino que se refiere a su conducta ante el nacimiento, pues como he dicho J.B.W. sabía o al menos debía saber de la existencia del o de la hija extramatrimonial, no hay duda que el nombrado no demostró en ningún momento el menor interés que debe tener todo hombre de bien por saber si había habido o no progenie de la unión con la madre de A.R. y pasaron más de 30 años desde el nacimiento al tiempo del reconocimiento. En otras palabras no hubo en aquel momento interés como tampoco hubo voluntariedad para el reconocimiento pues se lo debió citar y a raíz de esa convocatoria (fs. 16) advino el reconocimiento filiatorio.

Por último y respecto del reconocimiento no veo que se haya configurado como lo aseguran la jueza de grado y mi colega pre-opinante un cumplimiento tempestivo y voluntario, por el contrario; e insisto viviendo el padre y la hija en la misma ciudad al menos el primero debió de haber realizado averiguaciones y nada hizo, siempre fue sido indiferente.

A modo de corolario diré que encontrándose la carga probatoria sobre el accionado en tanto resulta muy dificultoso de probar para la hija-actora la existencia de la relación entre su madre y el primero, este debió acreditar su real desconocimiento del nacimiento y no lo hizo por lo que no puede alegar eximente alguna en este proceso indemnizatorio. (arts. 511, 512, 1109, 1068, 1074, 1109 Cód. Civil)

b. Reparación pretendida. En su escrito postulatorio Punto V. SUMA RECLAMADA (fs. 32) la actora pide en concepto de daño moral por la falta de reconocimiento, la suma de Pesos Noventa mil (\$ 90.000,00); solicita para fundar esa pretensión se tenga en cuenta los padecimientos psicológicos que la obligan a tener tratamiento psiquiátrico con medicación. A fs. 20 pidió en forma expresa intereses y costas.

El daño moral causado por la falta de reconocimiento voluntario de la hija, en este caso mayor de edad al tiempo de realizarse aquel -2009- y por lo tanto al promover esta acción (fs. 7 y 34 vta.), no ha de impedir que el reclamo prospere, en tanto la reparación del daño moral, por la afección que sufre el derecho a la identidad desde el punto de vista individual como social, razones por las que su existencia surge in re ipsa (RIVERA-MEDINA, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, pág. 397/399, Ed. La Ley, Bs. As., 2015).

A los fines de cuantificar la pretensión resarcitoria se ha de tener presente la edad de la hija al tiempo del reconocimiento -34 años de edad-, el sufrimiento que pudo haber tenido por cursar su infancia, adolescencia y parte de su edad adulta con el apellido materno en una localidad pequeña donde aún en pleno siglo XXI se sufre la estigmatización de ser hijo extramatrimonial y aún luego del reconocimiento como resabio de la situación precedente tan prolongada.

Máxime si se tiene presente que ya fuera que me enrole en la corriente que ve en la esencia o naturaleza de tal daño un atentado a un derecho de la personalidad o a un interés extra patrimonial o vea en él una alteración al equilibrio espiritual del sujeto, siempre habré de propiciar la reparación del daño cuestionado que causa la deliberada omisión de un progenitor de no reconocer a su propio hijo, negándole entre otros extremos el uso del apellido o impidiéndole situarse en el emplazamiento familiar que le corresponda (arts. 19, 75 inc. 22 Const. Nacional; 19, 32 Pacto de San José de Costa Rica; 247, 249, 254, 910 Cód. Civil).

El hecho de que la madre de A.R. no haya instado la acción en la minoridad de su hija y que no haya tenido intervención alguna en este proceso, no ha de tener influencia alguna en esta decisión cuantificadora. Visto el reclamo económico limitado por la accionante a la suma de Pesos Noventa Mil (\$ 90.000,00) que frente a los dichos del demandado respecto de que Ana Rosa "...exigía que le comprara un departamento o Chalet en Pinamar, y un departamento en Capital Federal..." (fs. 53); resulta más que evidente que ambas posiciones no resisten comparación alguna.



En cuanto a la incidencia de la demora en la asignación de la paternidad, se ha de ver la conducta de ambas partes, así el demandado ha de resarcir el daño moral en la medida en que haya coadyuvado a causarlo (R.A.M. c/ LL. de M., E. S/ Filiación, CNCiv. Sala M., 04-05-01).

Con el hilo de Ariadna que hasta aquí me ha guiado he de fijar como suma indemnizatoria la suma de Pesos Cincuenta Mil (\$ 50.000,00), con más los intereses a la tasa pasiva más alta incluida la denominada BIP que publica el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a treinta días desde la mora que se fija en el momento en que de modo fehaciente el demandado Juan Bernardo Wiski conoció del reclamo (notificación de la demanda día 06/05/2011) hasta su efectivo pago (SCBA, C. 119.176, Cabrera).

c. Costas.

Las costas de ambas instancias se han de imponer al accionado en su condición objetiva de vencido y los honorarios serán regulados en la oportunidad procesal correspondiente de conformidad con el decreto ley 8904/77 y/o la ley 14.967 (art. 68 CPCC; SCBA, Causa Morcillo).

#### IV. SOLUCIÓN AL CASO.

Por los argumentos dados, citas legales, jurisprudenciales y doctrinarias entiendo que la acción por indemnización de daño moral interpuesta por A.R.W. condenando a J.B.W. a pagar en el plazo de diez (10) días de adquirir firmeza la presente, la suma de Pesos Cincuenta Mil (\$ 50.000,00) con más los intereses a la tasa pasiva más alta incluida la denominada BIP que publica el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a treinta días desde la mora que se fija en el momento en que de modo fehaciente el demandado conoció el reclamo (notificación de la demanda día 06/05/2011) hasta su efectivo pago. Las costas de ambas instancias se imponen al accionado en su condición objetiva de vencido (arts. 19, 75 inc. 22 Const. Nacional; 19, 32 Pacto de San José de Costa Rica; 247, 249, 254, 511, 512, 910, 1109, 1068, 1074, 1078, 3296 bis Cód. Civil; 587 CCyCN; 68, 375, 384 CPCC).

VOTO POR LA NEGATIVA.

A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. JANKA DIJO:

I. Me toca dirimir la disidencia suscitada entre mis distinguidas colegas, consciente de que debo adherir a la opinión dada por alguna de ellas para así alcanzar la mayoría de fundamentos que, tanto la Constitución Provincial (art. 168) como el código adjetivo (art. 266), requieren para emitir un pronunciamiento judicial válido.

II. El disenso se genera a partir de la disímil valoración de la prueba que las magistradas preopinantes efectúan para determinar si el demandado Juan Bernardo Wisky conocía o ignoraba la existencia de su hija biológica, Ana Rosa Wisky, con anterioridad a la citación para efectuarse el análisis de histocompatibilidad genética.

La cuestión es esencial pues si Juan Bernardo Wisky conocía –o al menos debía razonablemente conocer- la existencia de su hija incluso desde “antes de su nacimiento” –como alega la actora en su demanda-, la falta de reconocimiento oportuno de la misma implicaría una conducta antijurídica generadora de responsabilidad civil (arts. 511, 512, 1068 y 1109 CC).

Es que el reconocimiento oportuno del hijo es un deber de todo padre, ya que la procreación hace nacer su obligación de emplazarlo en el estado filial que le corresponde, con los consecuentes derechos y obligaciones que de ello derivan (arts. 7.1, 8.1 CDN; 75 inc. 22 CN; ley 26.601; arts. 243 y sgtes. CC).

El derecho actual avanza hacia una mayor concientización de la responsabilidad civil derivada de engendrar un hijo, a punto tal de ser expresamente legislada la cuestión en el nuevo ordenamiento civil y comercial sustantivo (art. 587 CCyCN), norma que no hizo sino recoger los precedentes judiciales y las opiniones doctrinarias que desde hace tiempo se venían exponiendo sobre el tópico.

III. Así las cosas, luego de estudiar y meditar las pretensiones expuestas por las partes y las pruebas rendidas en el proceso, he de adherir al voto de la Dra. Dabadie por compartir sus fundamentos, a los que me remito con el objeto de no caer en reiteraciones innecesarias y sobreabundantes (art. 266 del rito).

Sólo agregaré, por la trascendencia que la cuestión reviste, que coincido especialmente con el desplazamiento de la carga probatoria hacia quien no ha realizado el reconocimiento oportuno de su hija, pues en este caso concreto es la solución que mejor se compadece con el concepto de paternidad responsable antes referido y –fundamentalmente- por encontrarse el progenitor demandado en mejor posición para acreditar el presupuesto de hecho de la defensa que alegó: ignorancia de la existencia de su hija biológica (arts. 34 inc. 5 pto. c, 163 inc. 5, 375 y 384 CPCC; doctr. art. 1735 CCyCN; Méndez Costa, María J., “Visión Jurisprudencial de la Filiación”, Rubinzal Culzoni, 1997, pág. 176).

Es que no puedo soslayar la dificultad que reviste para la accionante acreditar hechos acaecidos con anterioridad a su nacimiento (o inmediatamente posteriores a éste), lo que provoca una evidente desigualdad frente a quien necesariamente fue protagonista de los mismos.

No obstante dicha dificultad, ha logrado en mi convicción la accionante -fundamentalmente con el testimonio ampliamente analizado en el voto al que adhiero (testigo Palotta, fs. 163/164)-, acreditar que el demandado tomó conocimiento en su momento del embarazo de la mujer con la cual desde hacía varios meses mantenía una relación sentimental, no produciendo éste ninguna prueba en desmedro de tal conclusión, pues los testigos por él aportados resultan infructuosos a tal efecto (arts. 384 y 474 CPCC).

IV. Por lo demás, comparto también los fundamentos expuestos por la colega preopinante respecto a la procedencia y cuantía de la indemnización otorgada en concepto de reparación del daño moral y la imposición de las costas generadas en ambas instancias (arts. 1068 y 1078 CC; 68, 165, 266, 274 y 384 CPCC).

Voto, en consecuencia, también por la NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA CANALE DIJO:

En atención a los argumentos dados, citas legales, jurisprudenciales y doctrinarias, por mayoría del Tribunal, corresponde revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la acción por indemnización de daño moral interpuesta por A.R.W. condenando a J.B.W. a pagar en el plazo de diez (10) días de adquirir firmeza la presente, la suma de Pesos Cincuenta Mil (\$ 50.000,00) con más los intereses a la tasa pasiva más alta incluida la denominada BIP que publica el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a treinta días desde la mora que se fija en el momento en que de modo fehaciente el demandado conoció el reclamo (notificación de la demanda día 06/05/2011) hasta su efectivo pago. Las costas de ambas instancias se deben imponer al accionado en su condición objetiva de vencido (arts. 19, 75 inc. 22 Const. Nacional; 19, 32 Pacto de San José de Costa Rica; 247, 249, 254, 511, 512, 910, 1109, 1068, 1074, 1078, 3296 bis Cód. Civil; 587 CCyCN; 68, 375, 384 CPCC).

ASI LO VOTO.

LOS SEÑORES JUECES DOCTORES DABADIE Y JANKA ADHIRIERON AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

CON LO QUE TERMINÓ EL PRESENTE ACUERDO, DICTÁNDOSE LA SIGUIENTE

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

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, los que se tienen aquí por reproducidos, por mayoría del Tribunal, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la acción por indemnización de daño moral interpuesta por A.R.W., condena a J.B.W. a pagar en el plazo de diez (10) días de adquirir firmeza la presente, la suma de Pesos Cincuenta Mil (\$ 50.000,00) con más los intereses a la tasa pasiva más alta

incluida la denominada BIP que publica el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a treinta días desde la mora que se fija en el momento en que de modo fehaciente el demandado conoció el reclamo (notificación de la demanda día 06/05/2011) hasta su efectivo pago. Las costas de ambas instancias se imponen al accionado en su condición objetiva de vencido (arts. 19, 75 inc. 22 Const. Nacional; 19, 32 Pacto de San José de Costa Rica; 247, 249, 254, 511, 512, 910, 1109, 1068, 1074, 1078, 3296 bis Cód. Civil; 587 CCyCN; 68, 375, 384 CPCC).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.

SILVANA REGINA CANALE

MARIA R. DABADIE

MAURICIO JANKA

ROMINA L. D'ANGELO

Auxiliar Letrado