PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 31 de Mayo del año 2023

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"B. Y. B. C/ M. B. D. J. S/ RECLAMACION DE FILIACION" (JNQFA1 EXP 125248/2020)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. El demandado apela la sentencia.

Indica que su parte no contraría que el niño sea su hijo, habiendo estado siempre predispuesto a colaborar.

Dice que nunca tuvo una relación estable con la madre y que, por lo tanto, desconocía la existencia del menor; que fue una sorpresa recepcionar la demanda de filiación y que sólo supeditó su respuesta a los resultados de la prueba de ADN.

Sostiene que se lo condena al pago de una abultada suma pese que no tiene ingresos estables.

Se refiere luego al derecho a la identidad e indica que debe ponderarse que no impugnó el resultado de la prueba de ADN.

Alega que la condena al pago de daños se encuentra supeditada al cumplimiento de determinados recaudos que no se dan en este caso:

Dice que su actuación no fue antijurídica, en tanto no hay elementos que permitan inferir que tenía conocimiento previo de la situación; que no ha retardado el reconocimiento desde donde no hay relación de causalidad y por la misma razón no se configura el factor de atribución subjetivo.

Asimismo se agravia con relación a la imposición de costas.

Sostiene que su parte estuvo a derecho y prestó toda la colaboración como para que se produzca la prueba tendiente a determinar la paternidad, por lo que corresponde apartarse del principio general, esto es, la imposición al vencido.

Los abogados de la actora apelan los honorarios regulados por los daños y perjuicios por bajos, en tanto las sumas reguladas no respetan los mínimos arancelarios.

Sustanciados los agravios son contestados por la contraria mediante presentación 7366.

Transcribe parte de los testimonios rendidos en la causa de los cuales surge que el demandado tenía conocimiento del nacimiento del niño y de su paternidad.

Dice que no fueron objeto de cuestionamiento por la parte demandada.

En punto a las costas, indica que su actitud de colaboración en el proceso para practicar la prueba de ADN no es suficiente para eximirlo de costas.

La defensora de los derechos del niño sostiene que debe confirmarse el pronunciamiento de grado.

2. Toda persona tiene derecho a una filiación jurídica que concuerde con su realidad biológica derivada de la procreación. Ello así, en tanto la filiación sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan al padre y a la madre con los hijos dentro de una familia.

Ahora bien, este derecho de toda persona a ostentar una filiación jurídica, que sea concordante con el hecho biológico de la procreación, tiene una fuerte protección en nuestro ordenamiento jurídico.

En el orden supranacional y constitucional, la Convención de los Derechos del Niño en su art. 7.1 expresa "*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos*", y el art. 8.1 confiere a los Estados obligaciones positivas al respecto, al señalar que "*Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad*

con la ley...". Resulta pertinente recordar que esta Convención goza de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

A su vez, en nuestra legislación civil se observa una profunda preocupación por garantizar el cumplimiento de la obligación paterna de conferir al hijo su identidad biológica.

Como sostiene Jorgelina Rodríguez, *"Durante la vigencia del Código Civil derogado se discutía si la falta de reconocimiento podía ser considerada una conducta antijurídica, ya que no se preveía expresamente, y para Vélez la antijuridicidad era sinónimo de ilicitud, siendo el acto ilícito el expresamente prohibido por la ley (art. 1066 Cód. Civil) —antijuridicidad formal—.*

Con el tiempo la doctrina fue elaborando un concepto de antijuridicidad más laxo, inclusivo de toda conducta u omisión violatoria del principio general de no dañar (alterum non laedere) —antijuridicidad material—.

Así la doctrina y la jurisprudencia fueron arribando a la conclusión de que si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto jurídico voluntario unilateral, eso no significa que sea una mera facultad del progenitor, sino que, "por el contrario, ante el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su padre, con la consiguiente acción para lograrlo, fácil resulta concluir que este último no puede omitir tal conducta y que la negativa constituye un acto ilícito".

"Si bien el reconocimiento del hijo ha sido considerado tradicionalmente como un acto voluntario, no por ello es discrecional ni queda supeditado al libre arbitrio del progenitor y que, asimismo, malgrado las apreciaciones del quejoso, no hay aquí una responsabilidad objetiva sino fundada siempre en un reproche subjetivo por dolo o culpa del progenitor. No es necesario, por consiguiente, que se configure una conducta especialmente reticente como sucede, por ejemplo, en algunos de los precedentes que se invocan en que se ha obrado con malicia o resistiendo el sometimiento a las pruebas biológicas, porque basta en cambio con que supiera del nacimiento de la criatura y de la certeza de ser el

padre, para incurrir en culpa por la omisión injustificada del pertinente reconocimiento legal".

"El reconocimiento del hijo no constituye un acto librado a la autonomía privada —o autonomía de la voluntad— que interesa solo al libre arbitrio del reconociente, en el sentido de que la ley lo faculta a realizar o no. Que dependa de la iniciativa privada no implica que el ordenamiento niegue el derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor. Y si el hijo tiene el derecho a obtener su emplazamiento respecto del padre o madre que no lo ha reconocido espontáneamente —de otro modo no se le conferiría la acción del art. 254 citado—, es obvio que este asume el deber de reconocer al hijo, que, como tal, es un deber jurídico (cf. Zannoni, "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo", en LA LEY, 1990-A, 1)".

Hoy el Código define como antijurídica cualquier acción u omisión que cause un daño a otro y no esté justificada (art. 1717 CCyC) —antijuridicidad material—. El daño es antijurídico, a menos que esté justificado. Consideramos que la orientación del Código no ha venido a querer establecer una presunción, sino un contundente principio del derecho. Y aun teniendo en consideración la opinión que juzga perdurable el requisito de la antijuridicidad en la economía del nuevo Código Civil, no puede dejar de reconocerse que, como mínimo, el concepto ha sido notoriamente ampliado a punto tal de tener que ser analizado por la negativa, es decir: el examen no se direcciona a apreciar si el obrar ha sido antijurídico, sino que simplemente se trata de corroborar si ha existido una causal de justificación.

Esto impacta en el tema en estudio, ya que como todo niño tiene derecho a ser reconocido, estando en juego el derecho a la identidad (art. 33 CN, art. 8.1 Convención sobre los Derechos del Niño), el derecho al nombre (art. 7.1 de la Convención sobre los derechos del Niño, art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 62 CCyC), toda omisión de reconocimiento de un hijo que le cause un daño y no esté justificada será

antijurídica…” (cfr. DAÑOS CAUSADOS AL HIJO POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO TEMPESTIVO, Rodríguez, Jorgelina L., Publicado en: LA LEY 23/11/2022, 4).

2.1. Sobre estas bases, el reconocimiento oportuno del hijo/a es un deber de todo padre, ya que la procreación hace nacer la obligación del progenitor de emplazarlo en el estado filial que le corresponde, con los consecuentes derechos y obligaciones que de ello derivan.

Por ello, porque es un deber de todo padre, si bien el reconocimiento es un acto unilateral y voluntario, este carácter voluntario no implica que sea discrecional o arbitrario; al contrario, su omisión vulnera el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Y por eso también: “hoy nadie discute que la omisión de reconocer al hijo socava la base misma de la constitución de la personalidad y derechos fundamentales como la identidad personal y el derecho a la verdad. Para remediarlo, se conceden al hijo acciones de estado para obtener el emplazamiento que le corresponde (art. 254 CC), las que operan como una herramienta importantísima para dotar de eficacia a toda la normativa protectoria del derecho constitucional de familia…” (cfr. Molina de Juan, Mariel, “Una vez más, el daño por la omisión al reconocimiento del hijo”, LLGran Cuyo 2012 (junio), 481).

2.2. Ahora bien, dentro de este esquema, la filiación y el apellido son atributos de la personalidad que no pueden ser desconocidos y por eso, aquel que omite voluntariamente el deber jurídico de reconocer a su hijo, resulta responsable por los daños ocasionados a quien tenía el derecho de ser emplazado en el estado de familia respectivo, por no poder ejercer el goce y derechos derivados del mismo.

Es que en el esquema de derechos y deberes derivados de la relación padre-hijo: “se genera sobre el progenitor un deber de alto rango que impone el despliegue de una fuerte voluntad, concretada en actos de suficiente vigor y firmeza, dirigidos a

obtener la certeza de la paternidad o el emplazamiento del niño, siendo inadmisible la formulación de excusas al respecto, salvo alguna de fuerza irresistible que impida llegar al conocimiento de las circunstancias, por lo cual la invocación de falta de colaboración de la progenitora no conmueve la obligación paterna al no ser necesaria a los efectos del acto del reconocimiento que no puede ser obstaculizado". (cfr. Jalil, Julián Emil, "Daños y perjuicios devinientes de la omisión del progenitor de reconocer a su descendencia tempestivamente", DF y P 2012 (Octubre), 77).

3. Queda entonces determinado que el padre es responsable por los daños causados al hijo por la falta de reconocimiento oportuno.

En este caso, el demandado se queja de que se haya tenido por acreditado su conocimiento del nacimiento y cuestiona la valoración probatoria efectuada por el magistrado.

Sin embargo, entiendo que sus críticas no logran privar de sustento a la decisión.

En efecto, nada dice el demandado de las declaraciones testimoniales que son citadas por la actora en el responde y que dan cuenta de que el demandado, tal como lo indica el magistrado "*contaba con un grado significativo de convencimiento acerca de su paternidad…*" (me remito por razones de brevedad a las transcripciones que se realizan en el responde de los agravios).

Nótese que, como indica la actora, la credibilidad de los testigos no fue impugnada en la instancia de origen.

En cuanto al daño provocado, me referiré al informe psicológico, el que indica: "*como se explicara más arriba, el niño transita por diferentes instancias en las que aparecen momentos de dolor, angustia y vacío. En otras, de expectativas, reactivación de su esperanza por ser reconocido, querido y nombrado como hijo, que ante la frustración por la no concreción de ello, genera manifestaciones de enojo, y de hostilidad hacia otros…*".

Y se agrega: "*En ítems anteriores se ha explicado que en B. se pudo advertir el sufrimiento que le ha ocasionado estar en*

conocimiento que su progenitor lo ha visto en alguna oportunidad y sin embargo este no solo no lo ha reconocido legalmente por propia voluntad dudando de su paternidad, sino que aún en conocimiento de su realidad biológica tampoco presentaría interés en vincularse con el pequeño, incrementando su dolor ante la idea de un nuevo rechazo… En el marco del proceso de entrevistas efectuado, fue abordado con la Sra. B. la importancia de recibir asistencia psicológica para el niño, con el objeto de ir acompañando esta instancia judicial y de posible encuentro paterno-filial, en caso de concretarse, o si así no resultase, para acompañar la imposibilidad de que se efectúe.

La entrevistada puso de manifiesto hallarse en ese momento a la espera de un turno para tratamiento psicológico para el niño, en el Centro de Salud de Villa Farrel, dado que no dispone de ingresos económicos suficientes para afrontar una terapia psicológica en el ámbito privado".

Y concluye: "*...es dable mencionar, que el daño moral no requiere de prueba pericial, por lo que lo antes respondido en los puntos de pericia, aluden a la posibilidad de ponderar el impacto en la esfera subjetiva del niño…*".

Entiendo, entonces, que en todo este contexto de decisión, es clara la procedencia del daño moral reclamado y la responsabilidad del demandado.

4. En cuanto a las costas, las consideraciones anteriores dan por sí solas respuesta adversa al agravio.

Si bien el demandado no se rehusó a someterse a la prueba de ADN para tener certeza de la paternidad que se le imputaba, no puede negarse su condición de vencido.

En primer lugar se observa que el demandado no desconocía la existencia del niño, a partir de la prueba producida. Y como indica el magistrado y nada se alega en contrario en el recurso "*a la fecha de la sentencia la frustración del niño no tiene fin… luego de transcurridos más de diez meses de tomar conocimiento de*

la prueba genética, este no instó la vía y modo de cesar la angustia de quien es su hijo biológico…".

Ello así, lo cierto es que la actora se vio obligada a litigar, por sí y en representación de su hijo menor, para obtener el reconocimiento de su derecho.

Cabe recordar que las costas no importan una sanción o castigo para el perdedor, sino simplemente una manera de resarcir los gastos que la parte triunfante ha debido realizar con el fin de lograr el reconocimiento de su derecho, teniendo como finalidad evitar que su actuación jurisdiccional implique una disminución patrimonial (LOUTAYF RANEA, "Condena en costas en el proceso civil", p. 44 y sgtes. 1ª reimpresión, Astrea, 2000).

En consecuencia, no advirtiendo que la postura asumida por el accionado pueda encuadrarse en alguna de las excepciones al principio de la derrota –las que, por lo demás, deben admitirse restrictivamente- corresponde desestimar el recurso de apelación deducido y confirmar la sentencia en cuanto ha sido materia de recurso y agravios, con costas de Alzada al recurrente vencido (art. 68 del CPCC).

5. En punto al recurso arancelario deducido en hojas 144/145vta., respecto a la pretensión por daño moral -$100.000 más intereses-, se realizan los cálculos correspondientes en función de las pautas de los arts. 6, 7, 9, 20, 37, 39 y cc. de la ley 1594, ponderando las tareas desarrolladas y el resultado obtenido, de lo que resulta que los honorarios fijados a favor de los letrados de la parte actora son reducidos, propiciando su elevación a la suma de $31.000 en conjunto. La regulación en total por este proceso, comprensiva de todas las pretensiones involucradas, ascenderá entonces a la suma de $241.000 a favor de los letrados de la parte actora, en conjunto.

MI VOTO.

Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en cuanto ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de esta instancia al recurrente en su condición de vencido (art. 68 del CPCC) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 25% de lo que corresponde para la primera instancia (art. 15, LA).

3.- Elevar los honorarios de los letrados de la parte actora, determinando que la regulación en total por este proceso, comprensiva de todas las pretensiones involucradas, asciende a la suma de $241.000 en conjunto.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE JUEZA- Dr. Jorge D. PASCUARELLI JUEZ

Dra. Estefanía MARTIARENA SECRETARIA