

**Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia
Nacional**



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA L

Expte n° 61.585/10 –Juzg.12- “C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación”

En Buenos Aires, a los veintiséis días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado “C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación” de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Iturbide dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia dictada a fs. 832/845 en la que la señora jueza *a quo* admitió parcialmente la demanda promovida por R.E.C., por su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad J.E.C., estableciendo la filiación del niño respecto del demandado A.C.F., condenando a este último a abonar a su hijo la suma de \$ 70.000 en concepto de daño moral, más las costas del proceso, y rechazando la pretensión articulada por R.E.C. por sí contra el demandado, consistente en el resarcimiento del daño moral a favor de aquélla, expresaron agravios los actores a fs. 856/864 y la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara –en representación de J.E.C.– a fs. 881/882, los que fueron contestados a fs. 866/875 y fs. 884/886 respectivamente.

En consecuencia, las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar el pronunciamiento definitivo.

II. En su expresión de agravios, los actores solicitaron que se modifique la sentencia de la instancia anterior, y en consecuencia se eleve el monto

establecido en concepto de daño moral otorgado al niño J.E.C. y se admita el resarcimiento de la misma partida indemnizatoria a favor de R.E.C.. A su turno, la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, al mantener en esta instancia el recurso de apelación en su carácter de representante complementaria del menor de edad, requirió asimismo la fijación de un *quantum* mayor para la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales que sufrió como consecuencia de la falta de reconocimiento de la filiación por parte del demandado.

III. Aclaración preliminar

Si bien es cierto que estas actuaciones versan sobre la filiación por naturaleza entre J.E.C. y A.C.F., relación jurídica que se rige por las normas propias del derecho de familia, una vez determinada esa filiación (solución en la que ha concluido la señora juez *a quo* y que, en la medida en que no ha sido apelada, no corresponde reexaminar en esta instancia –art. 271 y conchs. del Código Procesal–), las consecuencias dañosas del obrar del demandado se inscriben en el derecho de la responsabilidad civil, y la configuración y los alcances del fenómeno resarcitorio deben ponderarse de acuerdo a las normas que rigen en dicho ámbito.

Así, frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso –en este caso, la omisión del demandado de haber reconocido a su hijo biológico–. Por ello, no resulta aplicable el Código Civil y Comercial de la Nación que comenzó a regir el 1 de agosto de 2015, sino la normativa vigente a la fecha en que aquel ilícito tuvo lugar (*Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, p. 100, Ed. Rubinza Culzoni; Caputto, María Carolina, “Aplicabilidad del nuevo Código ante la apelación de una sentencia anterior”, en Rev. La Ley, 30/10/1025; CSJN, 5/2/98, D.J. 1998-2-95, La Ley, 1998-C-640; fallo plenario recaído en la causa “Rey, José c/Viñedos y Bodegas Arizu S.A.”, La Ley 146-273, con nota de Nieto Blanc, “Retroactividad de la ley y daño moral”, en J.A. 13-1972-352; CNCiv., Sala M, voto de la Dra. Benavente en autos “Legal, Carmen Esthela y otros c/José Cartellone Construcciones Civiles S.A. y otros s/daños y perjuicios”, 4/9/2015, publicado en Gaceta de Paz, 27 de octubre de 2015; CNCiv., Sala H, voto del Dr. Fajre, en autos “Savy S.A. c/DAddona S.A. y otros s/daños y perjuicios”, expíe. N° 51.551/2010, 5/10/2015, publicado en Gaceta de Paz, 29 de octubre de 2015).*

Ocurre que el nuevo Código Civil y Comercial es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren, y también a las consecuencias no agotadas de las relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley. Únicamente es aplicable el nuevo cuerpo legal a las relaciones o situaciones jurídicas que no se encuentren agotadas aún en cuanto a sus efectos o contenido (“no consumadas”), y siempre que tengan origen legal (por ejemplo, los intereses derivados del resarcimiento de un daño que no hubieran sido pactados por las partes) (*Jalil, Julián Emil, La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, octubre de 2015, Buenos Aires, La Ley, p. 151 y ss*). Al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1737 del Código Civil y Comercial y 1067 del anterior Código Civil), aquellos que dieron origen a este proceso constituyeron, en el mismo instante en que se produjeron, la obligación jurídica de repararlos. Es por ello que, más allá de considerar que en lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial ha de seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia, pues como recordaba Vélez en su nota al viejo artículo 4044 –luego derogado por la ley 17.711–, “*el interés general de la sociedad exige que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir*”, en este caso puntual, debe atenderse a aquella limitación por aplicación del principio consagrado en el artículo 7 del nuevo ordenamiento legal (cfr. *CNCiv., Sala B, voto del Dr. Parrilli, en autos “Martínez, José Eduardo c/Varela, Osvaldo, Héctor y otros s/daños y perjuicios”, 6/8/2015*). Siguiendo esa línea de ideas, coincido con quienes afirman que, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe las decisiones judiciales no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya porque lo consagre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 1 y 2, sino porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inciso 22.

Tampoco pueden ignorarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico porque éstos se sintetizan en el mandato de “afianzar la justicia” contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana (*ver voto del Dr. Parrilli en los autos ya citados*).

Por tales consideraciones, habré de encuadrar mi voto en esta sentencia en el marco jurídico del Código Civil de la Nación.

IV. La indemnización del daño moral a favor del coactor J.E.C.

Como ya lo he expresado en los considerandos I y II, tanto R.E.C. como la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, en su carácter de representantes del coactor menor de edad J.E.C., han cuestionado el monto establecido en la instancia anterior para el resarcimiento del daño moral a favor de aquél, por considerarlo reducido.

Como punto de partida, cabe recordar que los Dres. Matilde Zavala de González y Ramón Pizarro han precisado que así como el daño patrimonial constituye una modificación disvaliosa –“económicamente perjudicial”– del patrimonio, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en que se encontraba la víctima antes del hecho y como consecuencia de éste, del mismo modo *“el daño moral es una modificación disvaliosa –ánimicamente perjudicial- del espíritu...”*, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste (*cfr. Zavala de González, Matilde, “El concepto de daño moral”, en JA, 1985-I-729, N° V; íd. “Resarcimiento de daños”, Hammurabi, Bs. As., 1990, t. 2, a, p. 36, parág. 8; Pizarro, Ramón D., “Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación”, en JA, 1986-II-900; íd. “Daño moral contractual”, en JA, 1086-IV-925, N° II-5; ídem, “Daño moral”, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 47 y ss., parág. 2 y 3).*

La jurisprudencia, a su vez, ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (*cfr. CNCiv., Sala “J”, 1/6/93, “Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c/ Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro”, La Ley, 1993-E—109 y DJ, 1994-1-141*).

En este caso, es indudable la configuración en cabeza del demandado del deber jurídico de indemnizar el menoscabo extrapatrimonial generado por la falta de reconocimiento de su hijo J.. Ello es así, más allá de no haber sido recurrido tras su determinación en el pronunciamiento de primera instancia, porque la conducta de C. F. constituye un acto antijurídico por cuyas consecuencias dañosas (en el caso, la lesión de un interés extrapatrimonial de su hijo) debe responder.

El daño moral, fuera de alguna opinión diferente, tiene carácter resarcitorio y no punitivo. La determinación de su cuantía en dinero cumple una función de reparación compensatoria o satisfactiva y en modo alguno de equivalencia de

un daño que, por su propia índole, no es susceptible de valoración económica (cfr. Pizarro, Ramón, *“Daño moral”*, p. 339, Ed. Hammurabi, 1996). En el presente caso, además, la indemnización debida a raíz del perjuicio causado por la falta de reconocimiento no se confunde con el deber de prestar alimentos, ni con ninguna otra derivación patrimonial del vínculo paterno-filial entre el coactor y el demandado.

Ahora bien, más compleja resulta la cuestión de traducir en una determinada suma de dinero la indemnización adeudada por el daño moral. Bien se ha dicho que la cuantificación de este rubro es una de las tareas más difíciles del intérprete judicial, pues en general se carece de cánones objetivos dada la índole misma del menoscabo, que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión de aquél. Nadie puede indagar el espíritu de otra persona tan profundamente como para poder afirmar con certeza la intensidad del dolor, la magnitud de un padecimiento, la gravedad de la angustia o la decepción (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, *“Teoría de la responsabilidad civil”*, p. 244; Pizarro, Ramón Daniel, *“La prueba del daño moral”*, en *Rev. Derecho Privado y Comunitario*, N° 13, Prueba-I, 1997; Trigo Represas, Félix A.-Lopez Mesa, Marcelo J., *“Tratado de la responsabilidad civil”*, T. 1, p. 478 y ss.).

Es por ello que los magistrados deben apreciar las circunstancias del hecho lesivo a fin de establecer presuntivamente y del modo más objetivo posible el agravio moral, producido por su propia definición en la órbita reservada de la intimidad de la víctima.

No ignoro que, también por definición, la reparación –en dinero– de un daño extrapatrimonial –no susceptible de apreciación pecuniaria– será siempre imperfecta: tal como lo ha expresado la más calificada doctrina, *“mientras que en el daño patrimonial la valuación se averigua mediante un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa “en lugar” del perjuicio, en el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca “a su lado”. No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos)”* (cfr. Zavala de González, *“Cuánto por daño moral”*, *La Ley*, 1998-E, 1057).

Por tal motivo, lo más adecuado es utilizar un modelo donde aparezca una fuente que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; encontrar un sucedáneo al estado

negativo del sujeto que prevalezca y se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (*Gherzi, Carlos Alberto: Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 179/181*); hallar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos: remedios para la tristeza y el dolor. Es razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (*Iribarne, Héctor Pedro: “La cuantificación del daño moral”, en Revista de Derecho de Daños n° 6: Daño Moral, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 185 y siguientes*). Todo ello se ve reflejado en los principios consagrados en el art. 1741 *in fine* del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

A la luz de estas premisas, en el caso sometido a la consideración de esta Sala, considero especialmente relevante tener en cuenta una serie de extremos a los fines de dar un adecuado tratamiento al agravio en examen.

En primer término, debe partirse de la base de la magnitud del derecho conculcado en cabeza del menor. Y es que la filiación es una de las instituciones más relevantes en el campo del derecho de familia, en tanto determina algo fundamental como saber quiénes son –desde el plano jurídico– padres o madres de un determinado niño o niña, y por consiguiente, cuáles son los efectos jurídicos que genera esta relación (*Herrera, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 392*).

En efecto, el niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación –y para tenerla, debió haber sido reconocido–, toda vez que ese derecho, y el de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a la identidad individual y familiar y, subyacente a ellos y como principio fundamental, el interés superior del niño, se hallan consagrados en los arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional sobre derechos humanos que integra el bloque de constitucionalidad argentino (cfr. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El ataque a esos derechos fundamentales configura por sí, precisamente, el daño moral, sin perjuicio de la existencia de otros daños en concreto que pudieran acreditarse (*Ameal-Hernández-Ugarte, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial. Editorial Estudio, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 605*).

En particular, la omisión del demandado de haber reconocido a su hijo constituye un acto antijurídico en los términos del art. 1066 del Código Civil y

su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia, noción que ha sido reafirmada en la actualidad por el art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación. Prestigiosa doctrina ha afirmado que *“...el negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad, obliga a reparar (...) Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa (...)”* (Medina, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires – Santa Fe, 2002, 122).

El nuevo Código que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, incluso ha dedicado un precepto específico a la cuestión, al establecer que *“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”* (art. 587). Al respecto, se ha señalado –con criterio doctrinal que comparto– que *“el factor de atribución de esta responsabilidad –tratándose de daños derivados de las relaciones de familia– es la culpa, que sigue teniendo su espacio en la teoría general de la responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial más allá de las modificaciones que se introducen y la mayor extensión y lugar que se le otorga a la responsabilidad objetiva”* (Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 449).

Pues bien, en este caso no puede cuestionarse bajo ningún punto de vista la configuración de la mencionada antijuridicidad en la conducta del demandado, calificada a su vez por el reproche subjetivo (culpabilidad) del que es susceptible dicho accionar. Ello es así, porque una vez notificado de los resultados del estudio de ADN obrante a fs. 578/582, que arrojó la conclusión de que **“...el Sr. C.F.A. (F29737) (Padre Alegado) presenta un Índice de Paternidad Acumulado de 124.253.186,20 y una Probabilidad de Paternidad Acumulada de 99,999999 % con respecto a C.J.E. (F29736) (Titular)”**, omitió reconocer la referida filiación, obligando al dictado de la sentencia de primera instancia para establecerla jurídicamente.

Finalmente, tengo en cuenta la gravedad y la intensidad que razonablemente cabe presumir en relación a los menoscabos extrapatrimoniales concretos que el hecho ilícito que se debate ha generado en J.E.C.. En este sentido, comparto los fundamentos expuestos por la actora al verter su primer agravio, en el sentido de que la corta edad del niño no constituye un parámetro determinante para limitar la cuantía del resarcimiento que corresponde abonar al responsable. Y es que durante los primeros seis años de su vida, la falta de la figura paterna da lugar, en la vida de cualquier niño,

a una mengua en su identidad espiritual, que está contenida más ampliamente en su derecho a la identidad: “*ser uno mismo, con sus propios caracteres y acciones, constituyendo la propia verdad de la persona*” (De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, Milano, Giuffré, 1961). Se trata de un interés merecedor de tutela jurídica de ser representado en la vida del relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva (Rivera, Julio César, “*Derechos personalísimos en el proyecto de reformas al Código Civil*”, en Alterini, Juan Martín, Picasso, Sebastián y Wajntraub, Javier H. (coords.), *Instituciones de Derecho Privado Moderno – Problemas y propuestas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001), diligencia y buena fe que, como ya lo he dicho, no considero hayan sido satisfechas en modo alguno a raíz de la conducta antijurídica del demandado.

Por todo lo expuesto, estimo que este agravio vertido por el coactor J.E.C. y la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara debe encontrar favorable acogida. Por ello, propondré a mis colegas establecer en \$ 150.000 el *quantum* indemnizatorio adeudado al niño J.E.C. por el daño moral por él padecido (art. 1078, Código Civil y art. 165, Código Procesal).

V. La indemnización del daño moral a favor de la coactora R.E.C.

Se agravio la coactora R.E.C. porque la magistrada de primera instancia no hizo lugar al resarcimiento del daño moral a su favor, por el menoscabo que alegó a raíz de la falta de reconocimiento de su hijo por el demandado C.F.. El principal argumento en el que la señora juez *a quo* basó su sentencia consiste, en primer término, en la caracterización de R.E.C. como damnificada indirecta, y en segundo lugar, en la aplicación del art. 1078 del Código Civil, que no reconoce legitimación activa *iure proprio* a las víctimas indirectas de un perjuicio, excepto a los herederos forzosos del damnificado directo cuando como consecuencia del hecho ilícito se hubiera producido el fallecimiento de aquél.

En relación a este punto, adelanto que habré de pronunciarme por la modificación de lo resuelto en la instancia anterior.

Ante todo, no ignoro cuánto se ha debatido, en doctrina y jurisprudencia, acerca de la constitucionalidad del art. 1078 –y en definitiva, la justicia de su solución material–, en tanto su redacción literal limita enormemente la prerrogativa de reclamar la reparación del perjuicio (propio) sufrido por los damnificados indirectos a raíz de un hecho ilícito extracontractual. No obstante, en este caso concreto considero inoficioso adentrarme en esta

cuestión, toda vez que, si bien no desconozco la interpretación propuesta por los destacados autores citados en la sentencia de primera instancia, a mi juicio la coactora R.E.C. resulta una víctima *directa* del acto antijurídico dañoso que aquí se debate.

Un ordenado examen de la cuestión impone, en primer término, distinguir con claridad la figura del damnificado directo y la del damnificado indirecto. Al respecto, calificada doctrina ha expresado que una primera acepción, que toma en cuenta el objeto del daño, define al damnificado directo como quien experimenta un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, “directamente en las cosas de su dominio o posesión”; mientras que damnificado indirecto sería quien lo padece “por el mal hecho a su persona, a sus derechos o a sus facultades”, pudiendo ambos tipos de detrimentos (directo e indirecto) generar daño patrimonial o moral. Esta visión resulta coherente con la letra del art. 1068 del Código Civil (*Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Buenos Aires, Hammurabi, t. 5, p. 834*).

Ahora bien, mayor importancia tiene en casos como el que aquí se analiza, una segunda noción de damnificado directo e indirecto, según la cual el primero resulta ser la víctima que experimenta el menoscabo en su propia persona o patrimonio (el perjuicio recae “directamente” o “inmediatamente” sobre él), mientras que el damnificado indirecto –padeciendo siempre un daño propio, pues de lo contrario, éste no sería resarcible– lo sufre de manera “indirecta”, “refleja” o “de rebote” (*par ricochet*, en la clásica terminología francesa).

En el contexto de esta segunda serie de acepciones, es mi convicción que la madre del niño J.E.C. resulta ser damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales generados no sólo por la indiferencia del padre del menor sino por su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social de R.E.C.. No puede ignorarse que el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación del hijo, obligó a la actora a asumir sola responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias –todas ellas– que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcir a R.E.C. como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta (en este sentido, ver la opinión de *Gregorini Clusellas, Eduardo L., “El daño moral en la*

negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento”, en La Ley, 1995-C, pp. 405/417).

Esta interpretación ha sido propugnada tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil por muerte o lesión de personas, celebradas en Rosario, Santa Fe, en 1979, una de las ponencias presentadas por los doctores Brebbia, Barbero y Corbella proponía legitimar en los términos del art. 1079 del Código Civil, para reclamar daño moral, a los parientes que acreditasen haber sufrido efectivamente dicho padecimiento, aunque no hubiese muerto la víctima (*Belluscio, Augusto C., “Codigo Civil y leyes complementarias”, t. V, p. 116*). Y en el *Code Civil* de Francia, expresamente se contemplaba la legitimación de la madre extramatrimonial para exigir la reparación del daño ocasionado por el autor del embarazo (art. 340 s/ ley 72-3), previsión en armonía con la genérica responsabilidad por daños prevista en los arts. 1382 y 1383 del mismo cuerpo legal (*Gregorini Clusellas, Eduardo L., “El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento”, La Ley, 1995-C, pp. 414-415*).

Del mismo modo, la solución que propicio fue sostenida en el fallo de esta misma sala en los autos “M., C. S. c/ E. y L. F., C. M.” del 14 de abril de 1994, por el vocal que formuló el primer voto, doctor Polak. Si bien no ignoro que dicho parecer resultó ser el minoritario, por cuanto los doctores Giardulli y Pascual se apartaron de dicha postura al considerar a la allí damnificada como víctima indirecta del daño, y aplicaron el criterio restrictivo contenido en el art. 1078 del Código Civil en cuanto a la legitimación activa para reclamar el perjuicio moral, lo cierto es que autorizan a concluir en la solución que propongo al Acuerdo el transcurso de más de veinte años desde aquel pronunciamiento, la nueva integración de este tribunal y –en particular– los más modernos avances en materia de derecho de daños: en lo que aquí interesa, la flexibilización del criterio atinente a la legitimación activa –consagrado en la actualidad por el más amplio art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación– y un paradigma humanista, fuertemente comprometido con la reparación integral de los perjuicios injustos, principio fundamental de raigambre constitucional y supranacional por cuanto está contemplado en instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que nuestro país es parte.

Por último, teniendo en cuenta la omisión del demandado de reconocer a su hijo una vez notificado del resultado del informe de ADN al que ya me referí en el considerando IV, con los perjuicios espirituales que ello causó a R.E.C. y

a los que ya me he referido, considero adecuado señalar que el temperamento que propongo en mi voto se alinea con la prohibición del trato discriminatorio de la actora como mujer, vedado en nuestra Constitución Nacional que ha incorporado al ordenamiento jurídico argentino con su misma jerarquía a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 75, inc. 22). Tal como lo ha sostenido jurisprudencia de este Fuero, la cual comparto, *“entre los tratados internacionales de derechos humanos la Convención ocupa un importante lugar por incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones. El espíritu de la Convención tiene su génesis en los objetivos de las Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”* (CNCiv, Sala K, del voto de la Dra. Hernández en “O. E. M. y otro c/ P. A. O. s/ daños y perjuicios”, 14/06/2013, publicado en Microjuris, cita online: MJ-JU-M-81556-AR). Y precisamente, dicho instrumento internacional sobre derechos humanos se orienta a eliminar *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”* (art. 1).

Por todo ello, estimo que corresponde admitir el agravio vertido por R.E.C. y declarar procedente la indemnización del daño moral padecido por la actora; menoscabo existente y subsistente como consecuencia directa del accionar ilícito de C. F., y que se traduce en el caso en el intenso dolor que la actora deberá sobrellevar por largo tiempo. Teniendo en cuenta lo expuesto, habida cuenta de las circunstancias del caso ya mencionadas y haciendo uso de las facultades que el art. 165 del Código Procesal confiere a los magistrados, propondré al Acuerdo la cuantificación del rubro en la suma de \$ 70.000.

VI. Intereses

En tercer y último lugar, se agravieron los actores porque la sentencia de la instancia anterior no fijó intereses sobre el capital de condena.

Al respecto, no ignoro que la acumulación de intereses a la pretensión resarcitoria articulada por R.E.C. y J.E.C. no fue solicitada expresamente en su demanda.

No obstante, el art. 1069 del Código Civil establece que *“El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras ‘pérdidas e intereses’”*.

A su vez, el principio de la reparación integral permite concluir en que los intereses están implícitos en la pretensión indemnizatoria; aquél ha sido admitido de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia civilista, y encuentra recepción expresa en la actualidad en el art. 1740 del Código Civil y Comercial, titulado “reparación plena” y cuya primera redacción es categórica: *“La reparación del daño debe ser plena”*.

En este sentido se ha enrolado prestigiosa doctrina y pronunciado abundante jurisprudencia (CNCiv, Sala B, *“Sigismondi, Carlos Luis c. Dota SA Transporte Automotor y otro s/ daños y perjuicios”*, del 12/02/2015, y las fuentes allí citadas: *“CNCiv., Sala M, 25/11/2006, “Matuk, Alicia Susana c. Transporte Automotor Riachuelo S.A. y otro”, LA LEY Online, AR/JUR/11472/2006; Wayar, E., “Tratado de la Mora”, pág. 550 y 572, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981; Iribarne, H..P., “De los daños a la persona”, pág. 71 y sigtes., ed. Ediar, Buenos Aires, 1995; Fassi-Yañez, “Código Procesal...”, 3° edición, t. 1, pág. 804, Buenos Aires, 1988; Morello, A.M., “Indemnización del daño contractual”. 2° edición, pág. 188, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974; Peyrano, J.W., “El reclamo implícito del rubro intereses en materia de responsabilidad aquiliana”, J.S., pág. 179 y sigtes”).*

Ahora bien, una vez admitida la procedencia de los intereses, corresponde establecer la fecha a partir de la cual deben correr dichos intereses. A mi juicio, cabe tomar como *dies a quo* el 18 de marzo de 2013, puesto que ese día el demandado fue debida y fehacientemente notificado (ver cédula de fs. 594) del resultado del informe de ADN ya referido en el considerando IV de mi voto. Como ya lo he expresado, a partir de esa fecha ninguna duda podía caber a C. F. de que el coactor J.E.C. era su hijo, y el reproche subjetivo que merece su omisión de reconocerlo es desde esa fecha irrefragable.

Por ello, propondré la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (criterio que he sostenido reiteradamente como jueza de primera y segunda instancia), por compartir la doctrina plenaria de esta Cámara Civil en los autos *“Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A.”*, del 20 de abril de 2009, desde el 18 de marzo de 2013 hasta el efectivo pago de la indemnización (cfr. art. 1748, Código Civil y Comercial de la Nación).

VII. Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo modificar la sentencia apelada, haciendo lugar a los agravios de los actores y de la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara y en consecuencia: 1) Elevar a \$ 150.000 la suma adeudada por el demandado al coactor J.E.C. en concepto de daño moral. 2) Hacer lugar a la pretensión resarcitoria de R.E.C., condenando al demandado a abonarle la suma de \$ 70.000 por el mismo rubro indemnizatorio. 3) Imponer la liquidación de intereses sobre el capital de condena como se indica en el considerando VII de mi voto. 4) Imponer las costas de Alzada al demandado vencido (art. 68, primera parte del Código Procesal). ASÍ VOTO.

Por razones análogas a las expuestas por la Dra. Iturbide, la Dra. Pérez Pardo vota en el mismo sentido.

El Dr. Liberman dijo:

Voy a quedar en disidencia parcial en dos aspectos. En lo demás, adhiero al muy buen voto de la Dra. Iturbide.

En primer lugar, no me parece corresponda conceder una suma de dinero por daño moral a favor de la madre.

Hay razones formales y de fondo para que adopte esta postura.

Por un lado, desde lo formal, la petición indemnizatoria aparece como un mero apéndice en el escrito inicial (inicialmente se hace una simple reserva), en la parte del petitorio. Y si bien los jueces dicen el Derecho, cuanto menos es exigible que la pretensión sea mínimamente fundada no sólo en hechos sino en el derecho. Y para mí, no alcanza con invocar el art. 1078 del C. Civil ley 340.

Y tan era una mera “reserva” que recién cuatro años después de promover el juicio, en junio de 2014 (fs. 659) la actora presenta un escrito en el que leo “[A]tento la reserva efectuada por la actora y su representado en cuanto a reclamar el daño moral (...) viene a manifestar las razones de hecho y derecho...” y a “cuantificar las sumas correspondientes”.

En esa larga exposición, extemporánea, tampoco se pidió carga de intereses. Referente a lo sustancial: la señora, como bien ha explicado la juez de grado, es una damnificada indirecta. El único legitimado para reclamar por filiación es el hijo. De modo que nada tiene que ver el art. 1078 entonces vigente porque la amplia interpretación que se había hecho en los últimos años tenía que ver con los “grandes daños” sufridos por la víctima, ahora tipificados como “gran discapacidad” del damnificado directo (art. 1741 CCyC).

No comparto entonces que la actora sea una damnificada directa y que, por tanto, esté legitimada para reclamar daño moral por la falta de reconocimiento de su hijo.

En lo que hace a los intereses, participo del mayoritario criterio doctrinal y jurisprudencial que exige una petición concreta (y en tiempo oportuno) de que al capital se sumen los accesorios legales.

Reitero: ni siquiera se habló de intereses en el extemporáneo pedido de condena por daño moral. Me parece que los cuatro renglones de fs. 863 vta., que darían a entender que la juez se olvidó de los intereses, y que se fijen “como es de estilo”, a más de petición extemporánea, no es crítica concreta ni razonada de la sentencia.

Con lo que terminó el acto.

Gabriela Alejandra Iturbide - Marcela Pérez Pardo - Víctor Fernando Liberman

///nos Aires, 26 de octubre de 2016

Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el tribunal decide: modificar la sentencia apelada, haciendo lugar a los agravios de los actores y de la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara y en consecuencia: 1) Elevar a \$ 150.000 la suma adeudada por el demandado al coactor J.E.C. en concepto de daño moral. 2) Hacer lugar a la pretensión resarcitoria de R.E.C., condenando al demandado a abonarle la suma de \$ 70.000 por el mismo rubro indemnizatorio. 3) Imponer la liquidación de intereses sobre el capital de condena como se indica en el considerando VII del voto de la Dra. Iturbide. 4) Imponer las costas de Alzada al demandado vencido.

Difiérase el pronunciamiento respecto de los honorarios y los correspondientes a la Alzada hasta tanto la señora jueza *a quo* fije los de la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art.164, 2° párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Firmado: Gabriela Alejandra Iturbide, Marcela Pérez Pardo y Víctor Fernando Liberman.