

Voces:

ABUSO DEL DERECHO ~ ACTO ILICITO ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ DEBERES DEL PROGENITOR ~ DISCRIMINACION ~ HIJO ~ INDEMNIZACION DE LAS CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES ~ PERSONA CON DISCAPACIDAD ~ PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION DE LAS CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES ~ RECONOCIMIENTO DE HIJO ~ VIOLENCIA DE GENERO

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea(CCivyComNecochea)

Fecha: 21/02/2017

Partes: P., M. C. c. B., M. S. s/ daños y perjuicios

Publicado en: RCCyC 2017 (mayo), 04/05/2017, 152 - RCyS2017-VI, 105 - LA LEY 30/06/2017, 30/06/2017, 3 - LA LEY2017-D, 67 - DFyP 2017 (agosto), 04/08/2017, 115 - RCyS 2017-IX , 79, con nota de Gabriela Yuba; DFyP 2017 (octubre) , 96, con nota de María Wathélet;

Cita Online: AR/JUR/681/2017

Hechos:

Una mujer reclamó, por sí y en representación de su hijo menor, una indemnización por daño moral al padre de este último, quien se mantuvo ausente durante el embarazo y hasta el fallecimiento del niño con motivo de una grave enfermedad. La sentencia admitió la pretensión. Apelado el decisorio, la Cámara lo confirmó.

Sumarios:

1. El progenitor que desconoció a su hijo con discapacidad, omitiendo deliberada y permanentemente su rol paterno y generando una ilícita sobrecarga de tareas en la madre, debe a ésta una indemnización por daño moral —en el caso, por \$70.000—, pues si bien nadie podía exigirle que desarrollara afecto hacia su hijo, esa omisión resultó lesiva frente a las exigentes circunstancias que esa discapacidad impuso a la madre.
2. La falta absoluta de asistencia al hijo con discapacidad por parte del demandado y los términos en los cuales se refirió tanto a aquél como a los reclamos en su beneficio importaron un exceso intolerable en el ejercicio de sus derechos (art. 1071, Código Civil derogado) y el ejercicio de violencia de género hacia la madre que, como tal, es ilícita y pasible de ser indemnizada.
3. Si bien es cierto que no cualquier crianza monoparental de un hijo, en abstracto, generará un daño al progenitor que llevó adelante esa tarea, ello se configura en el caso, donde existió una omisión absoluta del rol paterno del demandado frente a su hijo con discapacidad, pues la exigencia era tan alta que los deberes de asistencia omitidos por aquél dan lugar a la posibilidad de calificar su actuación como ilícita.
4. La actitud del demandado, quien omitió colaborar en los procesos en su contra y se sustrajo a sus deberes como progenitor de un niño con discapacidad, colocándose en una posición de poder respecto de la madre aun antes del nacimiento del niño y aprovechándose de esa circunstancia para perpetuarse en la omisión de toda asistencia, configura violencia de género hacia quien no podía actuar de otro modo, pues las necesidades del niño le imponían el rol de única responsable y ello habilita la acción resarcitoria (art. 35, ley 26.485).
5. El planteo del demandado relativo a que el desconocimiento de su hijo discapacitado no podía causarle daño moral a este en virtud de su grave discapacidad debe rechazarse —en el caso, se admitió por \$90.000—, pues, en primer lugar, la innegable calidad de persona del reclamante permite sostener que admitir tal planteo sería incurrir en una discriminación vedada legal, constitucional y convencionalmente y, en segundo lugar, la lesión extrapatrimonial existe desde la actuación del acto ilícito más allá de la percepción que pueda tener el afectado.

Texto Completo:

2ª Instancia.- Necochea, febrero 21 de 2017.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 15.670/15.679 y su aclaratoria de fs. 15.681? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

1ª cuestión. — El doctor Loiza dijo:

I- El Sr. Juez de grado Dr. Balbi dicta sentencia haciendo lugar a la demanda iniciada por la Sra. P. por sí y en representación de su hijo menor y “condenando al demandado a pagar a la actora la suma de pesos ciento sesenta mil (\$160.000.-) distribuidos de la siguiente manera: la suma de pesos setenta mil (\$70.000.-) en virtud de lo reclamado por derecho propio, y la suma de pesos noventa mil (\$90.000.-) como representante de su hijo menor de edad. Ello en el término de diez días de quedar firme la presente, con más los intereses estipulados en el considerando IV”.

Asimismo impuso las costas del presente proceso al demandado vencido.

II.1.- La decisión agravia a las partes quienes apelan a fs. 15.683 (actora) y fs. 15.687 el demandado.

Al exponer sus críticas el demandado (fs. 15.771/15.785) refiere que la actora por su propio derecho “únicamente ha peticionado resarcimiento por daño moral sufrido por la falta de reconocimiento de su hijo”. Agrega que carece de legitimación por daño moral por esa causa pues el art. 1078 del Cód. Civil se la niega siendo el hijo el único habilitado.

Añade que de haber sufrido daño a sus afecciones legítimas sólo sería una afectación indirecta y por ello vedada por la ley.

Señala que la falta de reconocimiento del hijo genera un daño moral para éste pero no causa daño directo a la madre, pues entiende que no sufrió daño moral propio.

Afirma que si se considera que el reclamo de daño moral está fundado “en una causa independiente de la filiación y que se configuró como consecuencia de un trato inhumano dispensado por el demandado a la actora, tampoco el reclamo puede prosperar. Pues no existió abandono ya que no vivían juntos, no estaban unidos en matrimonio y no cohabitaban. La obligación de pasar alimentos la cumplió y la demora en el cumplimiento de esos deberes se ve resarcida por el régimen de costas y los intereses fijados”.

Vuelve a señalar que la actora es damnificada indirecta, sumando citas doctrinarias y decisiones judiciales y concluye señalando que la admisión del reclamo “implicaría la procedencia del daño moral en infinidad de situaciones en las que uno de los progenitores padece sufrimientos por el incumplimiento de las obligaciones por parte del otro”. A la par que “la madre carece de un interés jurídico susceptible de reparación ya que no existe el deber de garantizar a la madre un padre para su descendencia”.

En su segundo agravio retoma sus embates relativos a la falta de legitimación de la actora y critica la falta de aplicación del art. 1078 del Cód. Civil, sin que la aplicación del art. 1079 pueda modificar esa interpretación.

En su tercer agravio descalifica el monto discernido en favor de la madre pues lo considera elevado. Retoma —incansablemente— la falta de legitimación de la actora, señala que no tiene interés jurídico susceptible de reparación, y que no hay daño causado ni relación de causalidad con el hecho generador de la responsabilidad.

Indica que el a quo confundió daño moral con omisión de asistencia y que resulta improponible el reclamo por el detrimento sufrido por quien debió sustentarse solo con el apoyo materno.

Califica de exorbitante y carente de fundamentación a la suma fijada en favor de la actora, a la par que señala que se desconocen los parámetros tenidos en cuenta para fijarla.

En su cuarto agravio se queja de la determinación de daño moral en favor del hijo menor.

Aduce que no hubo daño pues la demanda de filiación se inició a los tres meses del nacimiento del menor.

Añade que “la falta de reconocimiento paterno no pudo haber repercutido en forma desfavorable en el menor, por su grado de incapacidad”. Cita la opinión del perito pediatra y luego concluye que “si se reputa que el daño moral requiere aptitud de la víctima para experimentarlo y ella falta, la única conclusión válida radicaría en que nadie podrá invocarlo”.

Señala que no hay pruebas del sufrimiento del menor por la falta de reconocimiento del padre y que tampoco puede presumirse.

En su último agravio considera que los intereses deben correr desde la fecha en que quedó firme la sentencia de la Cámara en el proceso de filiación.

II.2.- La actora también hace oír sus críticas.

Refiere que los importes discernidos en el grado son exiguos frente a la conducta del demandado quien se mostró siempre ausente, desde el embarazo hasta el fallecimiento del menor con motivo en su grave enfermedad.

Indica que el demandado negó judicialmente ser el padre, osó atribuirle una actitud extorsiva y se manifestó agresivamente en el proceso de alimentos.

Alega que sufrió angustias ante la imposibilidad de cubrir adecuadamente las necesidades económicas de su hijo. Aduce también que “esos sinsabores y angustias habrían disminuido si el accionado hubiese reconocido a nuestro hijo y cumplido con su obligación para con él, dado que su holgadísima situación económica, sobradamente probada en autos, así se lo hubiera permitido”.

Refiere que en vida de su hijo se sintió abrumada y que debió sobrellevar sola esa circunstancia. Indica que cuando debió dejarlo al cuidado de terceros se sintió desfallecer, con indescriptible dolor, pero debía retomar su

actividad laboral para generar los recursos indispensables para el sostén económico de ambos.

Añade que sufrió por el hecho de llevar su hijo el apellido materno como un sello de ilegitimidad de origen, como estigma y que conlleva un tono de minusvalía social, por ser segregado de los vínculos afectivos propios de los lazos biológicos con su padre.

Cita jurisprudencia y culmina peticionando el incremento de las sumas de condena.

Ambos recursos reciben respuesta (fs. 15.786/15.787 y 15.790/15.800vta.).

III.- Las constancias de autos y sus agregados nos informan que la actora, a los pocos meses del nacimiento de su hijo (ocurrido el 27/12/1997), intimó al demandado al reconocimiento del menor (fs. 5/7 expte. de filiación) sin resultado.

Frente a ello inició demanda filiatoria (08/04/1998) e intentó realizar estudios genéticos en un instituto privado pero el demandado se excusó por razones laborales (fs. 36).

Posteriormente, en la etapa probatoria, el demandado se negó al examen de extracción de sangre (fs. 73/vta.) dictándose luego sentencia con base en la prueba colectada, la que fuera confirmada por la precedente Cámara departamental el 25/08/2005 (fs. 147/152vta.).

A su vez, en el proceso de alimentos (iniciado el 21/08/2007), al ser citado el aquí demandado sostuvo que no correspondía fijación de alimentos pues “el estado psico-físico del menor importa en los hechos un cuadro cuasi vegetativo, siendo acotados los gastos de medicamentos, vestimenta y alimentación”. Añadiendo que la obra social IOMA y el hospital municipal se habían encargado de prácticamente todos los gastos (fs. 52/vta. expte. de alimentos). Ello pese a que al absolver posiciones había afirmado desconocer la enfermedad de su hijo (v. fs. 45 mismo expte.).

No consta, ni se ha alegado, que el progenitor una vez emplazado en ese estado de familia haya procurado algún tipo de asistencia respecto del hijo aquí accionante.

Fijados alimentos provisorios el progenitor deposita la primera cuota en noviembre de 2007 (fs. 94/95). El niño contaba casi con diez años de edad.

El demandado nunca abonó totalmente la suma discernida como su obligación alimentaria respecto del niño aduciendo carencias económicas (conf. constancias del expediente de alimentos).

La situación de salud del niño es igualmente un extremo relevante a considerar, pues desde el nacimiento padeció una gravísima enfermedad genética. Así, por ejemplo, se informa en los autos de alimentos que a octubre de 2008 requería seguimiento cardiológico, controles clínico-pediátricos, controles ortopédicos, controles neurológicos, controles oftalmológicos, controles otorrinolaringológicos, controles nutricionales (por su estado de desnutrición crónica); la mayoría de ellos en la ciudad de Mar del Plata (es decir, fuera del domicilio de los actores) por el grado de complejidad requerido, y a los que debía concurrir cada tres o cuatro meses, siempre acompañado por su madre (v. 2190/2191vta.).

Se ha acreditado también que a tenor del mal que sufría su incapacidad era del 100% y que requería la permanente asistencia de otra persona para los más elementales quehaceres personales (informe del perito médico pediatra de fs. 15.507/vta. de estos autos; entre muchos otros elementos de prueba).

El progenitor aquí demandado a su vez admitió que jamás concurrió a conocer a su hijo (respuesta a la décimo cuarta posición, fs. 15.425/15.427vta.), que los problemas severos e irreversibles de salud los conoció únicamente por vía de las notificaciones e informes que se han dado, cabe inferir, en los procesos judiciales en su contra (respuesta a la séptima posición).

En ese contexto es que la actora por sí y en representación de su hijo inicia la presente acción.

Entiendo que su pretensión de demanda esgrimida por la Sra. P. respecto del accionado debe ser puntualmente examinada porque es la que nos permitirá discernir si ha habido daño resarcible en el presente caso.

Distinto será el tratamiento del daño padecido por el menor donde el debate fincará en la procedencia del daño extrapatrimonial respecto del niño.

III.1.- Veamos primero el reclamo a título personal de la actora. En demanda sostuvo —y me extenderé en la cita pues lo estimo crucial—: “Independientemente del daño moral infringido a nuestro hijo, es incuestionable la lesión de mis legítimas afecciones y el consiguiente daño moral resarcible que deviene de otra conducta

antijurídica del demandado, que es la de no haber asumido los deberes de la paternidad” (fs. 53 de autos).

Más adelante se expone en las circunstancias antecedentes (el supuesto pedido de que interrumpa su embarazo; la ruptura de la pareja; la negativa al reconocimiento, la posterior negación de la existencia de relación de pareja, la ausencia del demandado que jamás se acercó a conocer a su hijo) y añade que “La falta de reconocimiento voluntario por parte del [demandado] ha ocasionado un grave daño moral a la suscripta y a nuestro hijo, encontrándome debidamente legitimada para reclamarlo por derecho propio (...) en virtud de padecer (...) en forma directa” (fs. 54vta.).

Señala: “Me sentí abrumada por la situación en la que me encontraba y más aún cuando debí retomar mis tareas como docente, teniendo que dejar a nuestro pequeño hijo con terceras personas, las cuales debí contratar dado que no podía dejar de trabajar para cuidar exclusivamente a nuestro hijo.

Diariamente, al partir al trabajo, sentía una puja interna entre la necesidad de estar a su lado, ya que me perdía un tiempo irrecuperable al irme, y la necesidad de generar recursos para que viviera dignamente.

Es imposible describir las penurias vividas ante el angustiante cuadro descripto, el dolor, la angustia y tristezas padecidas me provocaron un estado anímico que motivó la indicación de tratamiento psicológico”.

Refiere los múltiples cuidados y tratamientos que debió realizar sin la asistencia del progenitor y añade “la ausencia del rol paterno no puede ser reemplazada en forma ambivalente por la madre, ya que las funciones de los progenitores, si bien se complementan entre sí, guardan una clara autonomía que las tornan excluyentes en cuanto al encargado de cumplir una y la otra”.

Y luego sostiene: “la negación al reconocimiento filiatorio voluntario de nuestro hijo por parte del accionado, la carencia de asistencia económica para el cuidado de su salud y crecimiento, mi imposibilidad de interponer la acción alimentaria y la falta de protección estructurada, en general, alrededor de la patria potestad del progenitor, me provocaron una sensación de impotencia generándome sentimientos contradictorios pero, por sobre todas las cosas, un dolor y pesar inconmensurables” (fs. 55/57).

La actora luego amplió su demanda a fs. 82/84vta. Allí estimó que lo actuado en el ya referido expediente de alimentos le generaba profunda tristeza y agravia los derechos del hijo común “dado que el accionado hace distingos que la ley no ampara ya que S. E. no obstante ser un hijo extramatrimonial y padecer una terrible enfermedad, merece el mismo trato y posee los mismos derechos que los restantes hijos del demandado”.

Lo expuesto en virtud de haber el accionado ofrecido un cuota alimentaria de menos del 50% de la que abonaba a su otro hijo. Añadió la actora que el demandado le provocó un dolor indescrutable cuando éste sostuvo que “por el cuadro cuasi-vegetativo que padece son acotados los gastos a los medicamentos, vestimenta y alimentación”.

Señaló en aquel momento que tales consideraciones la angustiaron pues “el accionado con el afán de evitar o reducir la fijación de una cuota alimentaria, se valió de afirmaciones hirientes, dolorosas, falsas y hasta agraviantes respecto de [su hijo]”.

Añade que “cada vez que el accionado deliberadamente negó su paternidad o conocer la enfermedad o necesidades de su hijo la suscripta sintiera un profundo y gran dolor e indignación y más aún luego de realizada la audiencia en el proceso de alimentos, en la cual el demandado discriminó a nuestro hijo”.

III.2.- De este extenso resumen puede concluirse sin dificultad que el reclamo de la actora a título personal no tiene como hecho fundante la ausencia de reconocimiento sino otra serie de hechos que puntualiza en demanda y que emergen claramente de la totalidad de las actuaciones, tanto principales como agregadas, en especial los autos donde se persiguió el pago de alimentos.

Estos sucesos —analizados en su conjunto, no aisladamente— resultan a mi entender fundantes de la pretensión de resarcimiento del daño moral pues configuran un accionar antijurídico, con un doble aspecto ilícito y que tienen como damnificada directa a la madre del niño con discapacidad desconocido por su padre.

Señalo que hay un doble aspecto de ilicitud pues por un lado el demandado ha omitido deliberada y permanentemente su rol paterno en un supuesto donde la asistencia que tal rol implica era casi imprescindible.

La cuestión excede la mera ilicitud genérica del “no dañar a otro” impuesta desde la regla del art. 19 de la Constitución Nacional (y de su interpretación y aplicación por la CSJN, en muchos casos, como “Santa Coloma” por ejemplo), sino de deberes específicos, incumplidos en el caso a partir de una dilatada omisión.

Es que a la luz de los arts. 264, 265 y siguientes del Cód. Civil vigente al momento de los hechos, así como

de los arts. 3 y 7 de la ley 26.061 y 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño, le correspondía al progenitor —una vez adjudicado ese vínculo por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada— asumir la asistencia que la paternidad impone (ver el concepto amplio de asistencia, excediendo lo estrictamente alimentario, en Zannoni, E., Derecho de Familia, t. II, ps. 801/802), máxime en un caso extremo como el presente.

No se trata de imponer, como consecuencia del progreso de la filiación, un vínculo afectivo ni un determinado monto de asistencia económica, sino que se trata de que todo progenitor, en tanto tal, debe hacerse responsable de su descendencia y que si no lo hace, su omisión afecta a aquel otro con quien aceptó, al menos la eventualidad, de engendrar hijos.

En tal sentido la letra del citado art. 7° de la ley 26.061 es inequívoca cuando impone a la familia —y más puntualmente al padre y a la madre del niño— responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Actividad claramente omitida por el accionado, sin excusa absolutoria alguna.

Es cierto que no cualquier crianza monoparental de un hijo —en abstracto— generará un daño al progenitor que llevó adelante esa tarea, pero en el presente caso donde la exigencia era tan alta los deberes de asistencia omitidos por el demandado dan lugar a la posibilidad de calificar su actuación como ilícita.

Basta repasar las ya citadas afecciones padecidas por S. y los requerimientos que ellas imponían, para concluir que la más mínima colaboración por parte del padre, el más mínimo compromiso con su rol, hubiera evitado la ilícita sobrecarga de tareas en la madre. Y, claro está, no supongo —pues la prueba del expediente de alimentos no lo permite— que el auxilio debido era meramente económico, pues la asistencia de los padres hacia los hijos no se agota en ese aspecto sino que lo excede, y es allí donde en casos como el presente debió el accionado responder a las exigencias propias de la paternidad.

En tal sentido, y a modo de ejemplo, recuerdo los constantes viajes que la situación de salud del niño imponían a la madre o la delegación en “terceros extraños” que su cuidado requería, todo ello sin que pudiera compartir tal deber con el padre del niño.

Ese abandono del rol que la ley impone genéricamente a los progenitores necesariamente implicó de hecho un aumento incommensurable de la asistencia que debió prestar la actora frente a un niño con las gravísimas carencias como el de autos.

Si a esa omisión sumamos las consideraciones que el accionado tuvo en todo momento respecto del hijo común, se advierte que el ánimo de la actora ha sufrido de modo directo y con fuente en otros hechos allende el reconocimiento filial, un detrimento que excede el propio de toda separación o el que puede derivarse de la crianza en solitario de un niño autosuficiente y que va madurando al crecer.

Adviértase que en el presente caso desde que la sentencia de filiación adquirió firmeza hasta que la progenitora inició la acción por alimentos pasaron dos años aproximadamente, y ni durante ese lapso ni tampoco después, el accionado siquiera ofreció acercar al niño a uno de sus controles o permitir que la madre descansara en su tarea, asumiendo él aquel rol que jurídicamente le correspondía.

Reitero, jurídicamente, nadie podía exigirle al progenitor que desarrolle afecto hacia su hijo, pero sí resultó lesivo en el caso la absoluta omisión de su rol paterno, frente a las exigentes circunstancias que la discapacidad impuso a la madre del niño, sumado al innecesario destrato que exhibió en sus presentaciones judiciales y que se señalan en la sentencia de grado y aquí.

En este punto cierto es que el demandado por filiación tiene derecho a defenderse y a no realizarse pruebas; también es cierto que el demandado por alimentos puede discutir la procedencia y los montos que por tal motivo le sean exigibles. Pero no es menos cierto que el reproche bien puede darse cuando en el ejercicio de un derecho se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (conf. art. 1071, Cód. Civil y su comentario por A. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio - Zannoni, t. 5, p. 69, con cita de Borda y de jurisprudencia que refrenda esa idea).

La falta absoluta de asistencia al hijo con discapacidad y los términos en los cuales el accionado se ha referido tanto a aquél como a los reclamos en su beneficio, han importado innegablemente un exceso intolerable en el ejercicio de sus derechos y al no ser esa actividad ineludible ni razonable cae atrapado en la regla del 1071 del antiguo régimen.

Sintetizando, las normas de los arts. 264 y siguientes que refieren a la asistencia en sentido amplio como deber de todo progenitor, sumadas a las genéricas reglas de no abusar del derecho y la de no dañar a otros,

confluyen en la adjudicación de responsabilidad al accionado.

La jurisprudencia ya ha considerado ilícitas actitudes análogas suscitadas en virtud del establecimiento compulsivo del vínculo filiatorio. Así la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás en “F. M. L. v. A. L. A. s. daños” del 27/03/2008 (citado por Famá, María Victoria, *La Filiación...*, Abeledo Perrot, 2011, p. 795) valoró la situación de abandono en la que se sumió a la madre quien debió afrontar sola lo que debió ser compartido, según allí se concluye.

También la Cámara Nacional Civil por su Sala L en autos “C. R. E. y otro c. C. F. A. s/ filiación” sentencia del 26/10/2016, publicado en eDial.com, AA9B4D).

III.3. Señalé antes que los hechos del caso muestran una doble ilicitud y seguidamente desarrollaré cuál entiendo que es esa segunda faz.

Es que estos mismos hechos que porta la demanda, y que emergen tanto de los expedientes agregados como del presente, analizados en su conjunto, dan cuenta del ejercicio del demandado hacia la actora de violencia de género y como tal ilícita y pasible de ser indemnizada.

A partir de la ya señalada omisión del progenitor en la vida del niño con discapacidad es que se afecta directamente a la madre, pues es la posición del padre —evitando toda responsabilidad en la asistencia de su hijo, incluso aquella que excede lo económico— la que lo coloca en la situación de violencia de género que prevén los arts. 1°, 2° y 4° en sus incisos b) e) y f) de la ley 24.632 (Convención de Belém do Pará, BO 09/04/1996) siendo obligación de los poderes del Estado procurar la reparación del daño producido (conf. art. 7°, inc. g), misma Convención).

Tal como emerge con mayor precisión en la posterior ley 26.485 (BO 14/04/2009) la violencia hacia la mujer se entiende dada cuando a partir de una relación desigual de poder se produce —como en autos— una omisión que afecta su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica (art. 4°, primera parte).

Aquí el demandado, conforme ya fuera reseñado, por la mera omisión a colaborar con los procesos en su contra y al sustraerse a sus deberes como progenitor del niño con discapacidad, se colocó en una posición de poder respecto de la madre aun antes del nacimiento del niño y luego se aprovechó de esa circunstancia para perpetuarse en la omisión de toda asistencia, a excepción de una ínfima cuota alimentaria provisoria, conformando esa actitud violencia de género hacia quien no podía actuar de otro modo, pues las necesidades del niño le imponían el rol de única responsable. Tales hechos lesivos cabe estimarlos que se produjeron desde el momento mismo en que fue indudable su deber de asistencia (es decir desde la firmeza de la sentencia de filiación) y hasta el fallecimiento del niño, desarrollo temporal que, por si fuese necesario aclarar, permite la aplicación de la citada ley 26.485.

Se advierte así claramente que la omisión del accionado importó para la madre violencia del tipo psicológica, al menos, pues ejerció respecto de ella —en su circunstancia de única responsable de la asistencia del niño— indiferencia y abandono (art. 5° ley 26.485), acentuando así el carácter desigual de la vinculación de los progenitores, en detrimento de la parte más débil.

Y tal como la propia ley lo prevé —de manera redundante, pues emerge del sistema jurídico nacional— ese accionar calificado jurídicamente como violento habilita la acción resarcitoria (art. 35 ley 26.485).

III.4. Llegados a este punto y siendo que el reclamo de la actora se dirige al resarcimiento del daño extrapatrimonial, es oportuno recordar que frente a los elementos reseñados hasta aquí y que dan cuenta del accionar ilícito del demandado (por vía de omisión) el llamado daño moral debe tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica —daño in re ipsa—, incumbiéndole al responsable del hecho acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya toda posibilidad de daño moral (SCBA Ac. 78280 S, 18/06/2003; en idéntico Cám. Civ. Com. y de Gtías. en lo Penal de este Departamento Judicial, expte. N° 1607 y sus acumulados; reg. int. 111 (S) del 19/11/1996; íd. Esta Cámara expte. 7060, reg. int. 77 (S) del 24/08/2006; íd. reg. 120 (S) del 29/11/2007; expte. 22 reg. int. 11 (S) 04/11/2008; Idem expte. 9371; reg. int. 110 (S) del 05/11/2013; expte. 9687; reg. int. 3 (S) del 03/02/2015; expte. 10023, reg. int. 45 (S) del 02/06/2015).

Cabe aquí reiterar lo que esta Cámara sostuvo respecto de la acreditación del daño moral en ocasión de actos discriminatorios y que por analogía cabe tenerlos por argumentos válidos para estos supuestos “el daño moral que sufre quien padece un acto discriminatorio debe entenderse como aquellos que se desprenden de la mera comprobación del ilícito (daño in re ipsa) en tanto “la propia calidad de la conducta y la condición del afectado que permiten inferir la trascendencia del agravio espiritual padecido” (Trigo Represas - López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, t. 1, Ed. LA LEY, 2004, p. 544; con cita de precedentes de la Corte Nacional). En otros

términos la gravedad de la conducta del dañador discriminador y la connatural inferioridad de quien padece un acto discriminatorio, permiten inferir directamente del ilícito la existencia y entidad del daño moral, sin reclamar otra prueba específica” (expte. 8.777; “Diez, Joel Jerónimo y otro c. Asociación de Guardavidas de Necochea - Quequén s/daños y perjuicios”, reg. int. 18 (S) del 17/03/2015).

Y más puntualmente, en casos donde se detecta la violencia de género, “el daño moral se acredita con el mero menoscabo en el espíritu de la víctima, no requiriendo más prueba que los hechos que exceden lo habitual” (“Crónica de un comienzo anunciado: Daños en violencia familiar. Comentario al fallo 'S. J. J. c. G. M. M.'”, por Ortiz, Diego O. Fecha: 29/07/2016, cita: MJ-DOC-9982-AR; doctrina que coincide con la emergente del fallo que allí se comenta).

En tal sentido la defensa del demandado no advirtió suficientemente que el reclamo se refirió siempre a otras circunstancias allende la ausencia de reconocimiento (conf. demanda y ampliación citadas) y que el abandono acusado no refería a la pareja o a la convivencia —que nunca existió— sino al de los deberes en tanto progenitor de un niño discapacitado, lo que agravaba injustamente la carga de la madre de ese niño, produciéndole, razonablemente, la angustia y el dolor que aquí se reclama (arts. 512; 901; 902; 1066, 1071; 1078 y 1109 del Cód. Civil; art. 7º, ley 26.061). De allí que no se hayan producido pruebas ni haya tampoco indicios que permitan descartar la existencia de daño moral en el presente caso.

Ello nos lleva a la cuantificación del daño extrapatrimonial el que fuera fijado en el grado en la suma de pesos setenta mil y que la actora cuestiona por reducido y el demandado por exiguo.

Estimo que el embate no acierta con dar razones que ameriten aumentar el monto discernido en el grado. Esta Cámara, aun antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, ha fundado la cuantificación del daño moral en un doble orden de fundamentos: por un lado los precedentes de casos análogos y por otro los llamados placeres compensatorios (este tribunal, expte. 8666. reg. int. 89 (S) del 15/11/2011; expte. 9556; reg. int. 114 (S) del 23/09/2014, entre otros).

El recurso no aporta ni uno ni otro fundamento, acumula una serie de circunstancias padecidas por la actora y por su representado —que, por otra parte, fueron advertidas por el a quo— y luego desemboca sin más en un pedido de aumento de las sumas resueltas. Omite así establecer por qué razón la suma es exigua, qué elementos objetivos se omitieron en la decisión de grado o cuál medio de prueba autorizaría ese acrecentamiento solicitado.

Tampoco lo hace el demandado (al procurar la reducción) quien califica en su tercer agravio al monto en cuestión como elevado pero luego no concreta un ataque a la cuantificación en sí, sino que reitera su crítica a la legitimación de la madre del niño.

En esos términos no pueden revisarse las sumas en cuestión (ni la correspondiente a la madre recurrente ni a su representado, sobre lo que me explayaré en el próximo apartado) pues no se traen argumentos que puedan modificar lo decidido en el grado (arts. 26 y 261 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

IV. Cabe ahora detenerse en la crítica dirigida a la procedencia del daño moral en favor del hijo de las partes, hoy fallecido.

Dos son los argumentos: primero el niño era muy pequeño cuando se inició la filiación, por ende nada sufrió. Y segundo la discapacidad sufrida era tan grave que la falta de reconocimiento no podía repercutir en el hijo del accionado. Luego se cita un precedente de la Corte provincial contrario al resarcimiento del daño moral en casos como el presente.

Solo el segundo argumento puede ser tratado aquí. Es que el margen de actuación de toda Cámara de apelaciones se circunscribe a las pretensiones esgrimidas ante el Juez de grado (conf. art. 272, Cód. Proc. Civ. y Com.) pues de lo contrario se violaría la congruencia, principio esencial del proceso civil. En autos el accionado sólo esgrimió como defensa la relativa a la incapacidad del niño, pero nada dijo de la escasa edad, aspecto que estimó irrelevante pues no lo menciona al contestar demanda (v. en especial fs. 108vta./110vta.) de allí que sólo pueda atenderse ese segundo argumento en esta sede.

En cuanto a la doctrina legal citada, la misma carece de vigencia pues ha sido superada por, entre otros, la que emana del Ac. 59.680, en autos “Piccinelli, Matías David c. Andrenacci, Enrique. Filiación e indemnización por daños y perjuicios” del 28/04/1998.

Atendiendo pues al argumento relativo a la discapacidad del niño cabe remarcar que a estas alturas de la evolución de nuestro derecho privado —impactado directamente por el llamado “bloque de constitucionalidad”— el argumento sorprende por lo vetusto.

Es que en primer lugar la innegable calidad de persona del reclamante (arts. 51, Cód. Civil; 7° y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 14 del PIDCIP y 24 de la CADDHH) ya permite entrever la improcedencia del planteo del accionado, pues de hacérselo incurriríamos en una discriminación vedada legal, constitucional y convencionalmente.

Pero desde un punto de vista más clásico de análisis del derecho privado tampoco el planteo merece acogimiento. Baste recordar por ejemplo que la lesión extrapatrimonial existe desde la actuación del acto ilícito más allá de la percepción que pueda tener el afectado, en tanto la actuación es per se dañosa y a lo sumo habrá un margen inferior de cuantificación, pero no podrá influir en la admisibilidad.

Dice Zannoni que “lo que califica al daño moral es la actividad dañosa, en cuanto tal, el solo ataque a intereses no patrimoniales de la víctima, sin que para definir su existencia deba requerirse que ella lo comprenda o lo perciba. Por cierto que habitualmente el agravio provocará en el damnificado una modificación desvaliosa de su espíritu —y al estimarse el contenido del daño podrá mensurarse la cuantía o el modo del resarcimiento—, pero aunque no lo provocara, porque quien sufre el ataque no está en condiciones de experimentar esa modificación desvaliosa del espíritu, el agravio menoscaba siempre una proyección existencial que es reconocida también a quienes está privados de razón o de sensibilidad”.

Y luego concluye el prestigioso juez y doctrinario que “todo ataque a la persona le infiere a ella un daño por el ataque mismo. Porque el agravio no se postula en razón de frustración de medios, sino por el menoscabo a la persona que es, como tal, un fin en sí mismo” (Zannoni, E., *El daño en la responsabilidad civil*, ps. 156/157, ratificado más adelante en la misma obra en pp. 461/462 con cita de Brebbia).

Pizarro adscribe a la misma idea y añade sus argumentos: “La falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter axiológicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, mas no hacen a su esencia”. Citando a su vez la numerosa jurisprudencia que se pronuncia del mismo modo (Pizarro, Ramón D., *Daño Moral*, ps. 273/274).

Por otra parte esta Cámara ya se ha pronunciado favorablemente respecto de la posibilidad de que una persona sin la capacidad de un adulto pueda reclamar daño moral (“O., L. y otra c. Jardín Maternal Cavagnaro s/daños y perjuicios” reg. int. 98 (S) del 07/12/2010; lo mismo que la precedente Cámara Civ. Comercial y Gtías. Departamental, conforme se advierte en reg. int. 6 (S) del 13/02/1997 “Demetrio c. González”; reg. int. 51 (S) 01/12/1992 “Romero c. Laría”; reg. int. 105 (S) del 14/09/2000 “Colonna c. Municipalidad”; reg. int. 50 (s) del 01/06/2006 “Cabrera c. Blasco”).

Las apreciaciones transcriptas, la naturaleza del daño moral que lo torna emergente del propio ilícito, entiendo abonan suficientemente la sentencia de grado y permiten igualmente descartar la crítica traída por el accionado.

En tal sentido se ha dicho, y comparto, que “la indeterminación del vínculo, implica la privación de la titularidad y goce de los derechos emergentes del emplazamiento filial y al mismo tiempo, la imposibilidad de acceder a un título de estado impide el uso del apellido del progenitor biológico. Es decir, que es el derecho a la identidad del hijo el que resulta vulnerado por la falta de reconocimiento filial” (“Daños en la filiación” por Fernández, Silvia Eugenia y Rodríguez Fanelli, Lucía en DJ2007-I, 1051; citando idéntica interpretación de Frustragli, Sandra A. - Krasnov, Adriana M., “La reparación del daño moral causado por ausencia del reconocimiento de hijo y la demora en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación” en *Derecho de Familia*, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. V. 2004-I. Lexis Nexis, ps 24 y sigtes. SCBA, Ac. 64506 S 10/11/1998. JUBA B 24.827; CNCiv., Sala H, 30/03/1999, LA LEY, 18/10/1999. en JA, semanario del 26/01/2000, 61; CNCiv., Sala E, 12/05/1998, LA LEY, 1999-F, 8).

Finalmente el ataque dirigido al cuestionamiento del monto discernido vuelve a criticar la capacidad del hijo del demandado sin referir qué parámetros serían los correctos, o cuáles cálculos comparativos con casos similares admitirían, por analogía, la reducción pretendida; todo lo cual autoriza al sostenimiento del fallo de la primera instancia (art. 165, Cód. Proc. Civ. y Com.; 1068 del Cód. Civil).

V. Análoga suerte adversa debe correr la crítica a la fecha fijada por el juez de grado desde la cual correrán los intereses. El accionado apelante sólo manifiesta una opinión contraria a la de sentencia, sin un mínimo desarrollo argumental, cayendo así en la deserción el denominado quinto agravio (art. 260, Cód. Proc. Civ. y Com.).

En síntesis final y por los argumentos que aquí se dan, propicio confirmar la sentencia de grado con costas al demandando quien resulta, en lo sustancial, vencido (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com.).

La regulación de honorarios se difiere para su oportunidad (arts. 31; 51 DL 8904).

Por las razones expuestas precedentemente, voto por la afirmativa.

El doctor Capalbo votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor Loiza dijo:

Corresponde confirmar la sentencia de grado, costas en ambas instancias a la demandada vencida (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com.). La regulación de honorarios se difiere para su oportunidad (arts. 31; 51 DL 8904).

Así lo voto.

El doctor Capalbo votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se confirma la sentencia de grado. Costas en ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com.). La regulación de honorarios se difiere para su oportunidad (arts. 31; 51 DL 8904). Devuélvase juntamente con los principales P. M. C. c. B. M. s/filiación”, expte. N° 13.443, en I cuerpo y 240 fojas, y el OF-4751 en dos fojas junto a los autos caratulados “P. M. C. c. B. M. S. s/alimentos”, expte. N° 29.768, en XII cuerpos y 2737 fojas. Notifíquese personalmente o por cedula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase. — Fabián M. Loiza. — Oscar A. Capalbo.