



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

CIRCULAR N° 1230/06

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Dolores, 06 de junio de 2.006.-

REF: “ FILIACION EXTRAMATRIMONIAL. Omisión de reconocimiento del padre biológico. Valor probatorio de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. DAÑO MORAL que presupone -durante la niñez y adolescencia del menor- no portar el apellido paterno, carecer de los cuidados y atenciones implicados en la función paterna. Procedencia de la demanda Causa N° 49.237 - "R., M. del C. c/E., I. s/Reclamación de Filiación Extramatrimonial" - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires) - SALA II - 04/05/2006 ”.-

Causa N° 49.237 - "R., M. del C. c/E., I. s/Reclamación de Filiación Extramatrimonial" - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires) - SALA II - 04/05/2006

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL. Omisión de reconocimiento del padre biológico. Valor probatorio de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. DAÑO MORAL que presupone -durante la niñez y adolescencia del menor- no portar el apellido paterno, carecer de los cuidados y atenciones implicados en la función paterna. Procedencia de la demanda
"En mi opinión en ciertas y particulares circunstancias puede ser suficiente la valoración de la conducta procesal omisiva, aún sin prueba complementaria coadyuvante, porque no puede descartarse "a priori", en abstracto y de modo genérico asignarle a esa conducta pleno valor probatorio. Empero, y más allá de opiniones personales lo cierto es que la Suprema Corte tiene formada doctrina legal sobre el punto. En anterior composición, y en criterio recogido por este Tribunal, decidió que "la mera negativa a su sometimiento si bien no es suficiente para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, no es menos cierto que la misma se constituye en una circunstancia especial gravitante cuando se agregan a otros elementos probatorios que unidos al indicio de que ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial."

"En autos concurre el supuesto fáctico al que hace referencia la doctrina casatoria porque se produjo la prueba complementaria o coadyuvante, consistente en el aporte de testigos. Su apreciación en conjunto, integrados con la negativa de E. a realizarse los estudios necesarios, por un lado, y la restante conducta procesal defensiva (el "quedarse quieto" del demandado, como decía Couture, o sea cobijarse en el traslado de la carga de la prueba a la actora) son suficientes para conformar el plexo valorativo que requiere la jurisprudencia vinculante de la Casación Bonaerense (arts.163 inc.5, 384 y concs. C.P.C.). En definitiva el fallo se abasteca no sólo con la ponderación de la conducta de E. de asumir una postura de abstención, omitiendo colaborar y particularmente negándose a la extracción de muestras para practicarse las pruebas científicas, sino que juega también el complementario aporte testimonial que consolida la posición dimanante de aquel indicio."
"E. alegó que no era el padre de M.V. R. por lo que la carga procesal que recaía sobre él lo llevaba más que a acreditar un hecho positivo favorable a la contraparte a realizar un acto (prestarse a realizar las pruebas biológicas) para neutralizar o desvirtuar las imputaciones presuncionales en su contra. Esa era su oportunidad, según las expresiones transcriptas, de hacer algo útil en su propio interés. Con palabras casatorias "la negativa a la realización de la prueba biológica es demostrativa de que algo tiene que ocultar"."

"El aporte testimonial, valorándolo en conjunto e interrelacionándolo, la incausada e injustificada negativa de E. a que se le tomen muestras biológicas, con más la mera negación de los hechos aducidos, conforman un plexo probatorio suficiente para acoger la demanda, debiéndose confirmar el fallo de grado."

"La negativa infundada al reconocimiento de un hijo provoca en éste un agravio moral que debe ser resarcido. Los parámetros valorativos para resarcir aquí el daño moral son la edad de la menor, la negativa incausada y por ende antijurídica del progenitor atendiendo a que E. no fue requerido antes del proceso para que asumiera su deber filial."

"En definitiva aprecio -entre los otros elementos de juicio- que el accionado entorpeció el trámite del proceso".

Fallo en Extenso:

Causa N° 49.237 - "R., M. del C. c/E., I. s/Reclamación de Filiación Extramatrimonial" - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires) - SALA II - 04/05/2006

En la ciudad de Azul, a los 4 días del mes de Mayo de Dos Mil Seis, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Jorge Mario Galdós y Ana María De Benedictis, encontrándose en uso de licencia el Dr. Víctor Mario Peralta Reyes (art.12 inc.4 Ac.1864/79)), para dictar sentencia en los autos caratulados: "R., M. del C. c/E., I. s/Reclamación de filiación extramatrimonial." (Causa N°49.237), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dr. GALDOS - Dra. DE BENEDICTIS - Dr. PERALTA REYES.-

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ª.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs.163/170?

2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor GALDOS, dijo:

I) La sentencia de Primera Instancia hizo lugar a la demanda por reconocimiento de la filiación extramatrimonial deducida por la menor M.V. R. representada por su madre -M. del C. R.- contra I. E., a quien emplazó como padre biológico y ordenó la rectificación del acta de nacimiento en el Registro Civil y Capacidad de las Personas. Además admitió la pretensión resarcitoria y condenó al accionado a pagar a la menor la suma de \$ 15.000 en concepto de daño moral.-

Finalmente impuso las costas al accionado vencido y reguló los honorarios de los letrados intervinientes.-

Para así decidir el Sr. Juez de grado partió del concepto de filiación y de la importancia de la identidad biológica, que constituye un derecho que prevalece por sobre intereses particulares, para considerar que, en el caso, existió entre la madre de la actora y el demandado una relación sentimental, lo que se desprendió de los dichos de los testigos y de la inexistencia de prueba de descargo por el accionado. Ponderó las dos declaraciones testimoniales de Teresa Guillermo y Cristina Fernández, que daban cuenta de ese vínculo, y luego consideró la negativa del demandado a concurrir a la realización del estudio comparativo de ADN y HLA. Se detuvo en este punto mencionando, con cita de doctrina y jurisprudencia, la importancia decisiva que reviste la colaboración que en tal sentido debe prestar el progenitor, cuya falta de concurrencia se ha considerado un grave indicio y en otros casos un elemento por sí solo suficiente para dictar condena en su contra. Además tuvo en cuenta lo previsto en el art.4º de la ley 23551 y la prevalencia del superior interés del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño. También consideró la falta de toda prueba del demandado tendiente a desvirtuar la petición planteada.-

Respecto del daño moral reclamado, en base a lo reglado en los arts. 1067, 1068 y 1078 Cód.Civ., lo admitió analizando el derecho subjetivo de la menor -de 2 años de edad- a la fecha del decisorio- la omisión paterna de reconocimiento, su falta de colaboración para la realización de las pruebas biológicas y el perjuicio sufrido por la niña al no haber podido utilizar el apellido paterno y disfrutar de su asistencia material. Lo cuantificó en \$ 15.000.-

A fs.171 la actora prestó conformidad con la sentencia y a fs.175/176 apeló el demandado, cuya expresión de agravios se glosó a fs.188/193 y no () fue respondida.-

Sus quejas se centran en que esa parte tenía una grave y seria dificultad para ejercer su defensa porque se le exige la prueba de un hecho negativo (que no es el padre) respecto de una relación supuesta acaecida hace 15 años. Por ello sólo puede asumir una posición defensiva controlando la prueba producida pero el rol protagónico lo tiene la demandante. Y no cumplió con su carga porque el art.4 de la ley 23551 sólo asigna efectos probatorios a la negativa a realizar las pruebas biológicas en caso de verosimilitud del derecho invocado, lo que no se verifica en autos. Sólo así puede tener valor probatorio indiciario que requiere necesariamente ser completado por otros medios.-

Luego cuestiona la idoneidad de los testigos y dice que la Sra. G. tenía un trato íntimo con la madre reclamante, estando a su cuidado, lo que demuestra que estaba involucrada en la situación y que la relación amorosa de los progenitores sólo la conoció por los dichos de la actora. Además los datos físicos que porta la E. no son los propios del demandado. Agrega que la testigo Fernández sólo vio juntos a R. y a E. un par de veces por la calle. Luego se alza contra la indemnización establecida recalcando el tiempo transcurrido (15 años), la falta de colaboración de la E. y el tiempo del proceso sólo pudo ejercer su derecho de defensa. Concluye señalando que no medió responsabilidad civil extracontractual.-

II) 1) Comenzando por la pretensión atinente al reconocimiento de la filiación biológica de M.V. R. como hija de I. E. entiendo que el agravio no puede prosperar.-

No se cuestionan en el escrito impugnatorio los argumentos nucleares del fallo sobre el concepto y alcance de la filiación, el derecho subjetivo que conlleva conocer y ejercer la realidad biológica propia y el cobijo que le confiere la Convención sobre los Derechos del Niño, y que en la pugna de intereses prevalece el del menor (arts.240, 243, 247, 248, 251, 254, 255, 256 y conec. Cód.Civ., art.4 ley 23511;; arts.16, 18 y 75 inc.22 Const.Nac.; art. 15 Const.Pcia.Bs.As.).-

El punto aquí decisivo es la ponderación de los efectos procesales de la conducta del accionado de negarse a someterse a las pruebas biológicas para abastecer el fallo de emplazamiento de la filiación extramatrimonial (arts. 163 inc.5, 375, 384 y conec. C.P.C.; art. 4 ley 23511).-

Es cuestión sobre la que hoy existe consenso que las modernas pruebas biológicas resultan esenciales para atribuir o descartar la paternidad, conforme el avance de la ciencia, y constituyen un ejemplo de lo que en el proceso civil de hogaño se califica de proceso complejo en el que, en lo sustancial, su resultado depende de la eficacia pericial. "En palabras civilísticas, en términos generales, en la actualidad las pruebas del HLA y de tipificación del ADN permiten afirmar la existencia de paternidad o maternidad con un elevado monto de certeza, tanto que el juicio de filiación es hoy de neto corte pericial, como se ha dicho. Si las conclusiones de las pericias arrojan un índice de paternidad probada (99% o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir sólo presunciones hómínis" (Chieri, Primarosa-Zannoni,Eduardo "Prueba del ADN", pág. 190/191; Zannoni Eduardo "Derecho de Familia" T.II p.461 N°1049; esta Sala causa N°46869 del 27/7/04).-

Ahora bien, el punto convocante es determinar si resulta suficiente para fundar una sentencia de filiación valorar únicamente, y sin prueba corroborante o complementaria, la mentada falta de colaboración del padre presunto que con su conducta omisiva y discrecional no contribuye al esclarecimiento de la verdad objetiva, resistiéndose a las extracciones de sangre y a los estudios pertinentes para acceder a la realidad biológica.-

La cuestión es discutida en doctrina y jurisprudencia y prevalece la postura que -por vía de principio- afirma que "es un indicio que requiere de otros medios de prueba para formar convicción" (C.Civ.y Com.Morón, Sala I 2/6/92, L.L.B.A.1995-201; C.S. Santa Fe, 19/9/91, L.L. 1992-D-536 con nota de María Josefa Mendez Costa); "no es definitiva si no existe otra probanza" (S.T. Entre Ríos, 16/3/94, J.A.7/6/95); "no es cualitativo si no es un indicio grave" (C1ªC.C. San Isidro Sala I 28/4/94, E.D.159-182; citado en Bedrossian, Gabriel, "Negativa al análisis de ADN: ¿Único elemento para atribuir la paternidad?", L.L.Córdoba 2001-21).-

Otros autores "entienden que de un indicio como la negativa a someterse a las pruebas se extrae la presunción de que la paternidad reclamada es cierta. Aún cuando se trate del único indicio, éste es lo suficientemente grave y preciso como para formar convicción de la verdad de la filiación reclamada. Señalan que las sentencias permiten orientar la conducta de las partes y los abogados. Si los jueces extraen de la negativa la presunción de verdad de lo afirmado por la parte contraria". Así se pronunció un calificado Superior Tribunal (T.S. Córdoba, Sala Civ. y Com., 4/05/2000 "N.N.", por mayoría) y la Sala M de la Cámara Nacional (citado en Bedrossian, Gabriel, "Negativa al análisis de ADN: ¿Único elemento para atribuir la paternidad?", L.L.Córdoba 2001-21).-

En esta orientación se inscribe también la opinión de Azpiri -citado por el primer sentenciante- que afirma que "a partir de la reforma constitucional de 1994 y de la incorporación a su texto de la Convención sobre Derechos del Niño que asegura el derecho a la identidad del menor, se ha abierto una corriente doctrinaria - acertada en mi opinión- tendiente a considerar que la negativa a someterse a las pruebas biológicas puede constituir un elemento suficiente como para que, por sí solo, se pueda dictar una sentencia favorable a la pretensión filiatoria. Se argumenta que dado el avance y certidumbre de este tipo de pruebas se puede esclarecer la verdad acerca del vínculo biológico, para incluirlo o para excluirlo y que si no se facilita la realización de estas pruebas, se está entorpeciendo el proceso y ocultando la realidad" (Azpiri, Jorge O. "Juicios de filiación y patria potestad" pág.140, ver la jurisprudencia citada sobre el tema a partir de pág. 151 punto 8). También adhiere a esta corriente de opinión Gherzi quien analizando las distintas posturas comparte los argumentos procesales y sustanciales que conducen a reputar la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN base suficiente para fundar la sentencia que declara la filiación (Gherzi Carlos A. "Prueba de ADN. Genoma Humano" pág.97 y doctrina y jurisprudencia citada).-

En mi opinión en ciertas y particulares circunstancias puede ser suficiente la valoración de la conducta procesal omisiva, aún sin prueba complementaria coadyuvante, porque no puede descartarse "a priori", en abstracto y de modo genérico asignarle a esa conducta pleno valor probatorio. Empero, y más allá de opiniones personales lo cierto es que la Suprema Corte tiene formada doctrina legal sobre el punto. En anterior composición, y en criterio recogido por este Tribunal, decidió que "la mera negativa a su sometimiento si bien no es suficiente para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de

filiación, no es menos cierto que la misma se constituye en una circunstancia especial gravitante cuando se agregan a otros elementos probatorios que unidos al indicio de que ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial (art.4 ley 23551; S.C.B.A. Ac.51583,17/10/95; Ac.62514, 15/4/97; Ac.67883, 21/4/98; Ac.68872, 1/9/98, D.J.J. del 11/11/98; esta Sala causas N°39665 del 17/11/98 "Laboratto"; N°46865 del 27/7/04 "Molina").-

Y en autos concurre el supuesto fáctico al que hace referencia la doctrina casatoria porque se produjo la prueba complementaria o coadyuvante, consistente en el aporte de testigos. Su apreciación en conjunto, integrados con la negativa de E. a realizarse los estudios necesarios, por un lado, y la restante conducta procesal defensiva (el "quedarse quieto" del demandado, como decía Couture, o sea cobijarse en el traslado de la carga de la prueba a la actora) son suficientes para conformar el plexo valorativo que requiere la jurisprudencia vinculante de la Casación Bonaerense (arts.163 inc.5, 384 y concs. C.P.C.).-

Es cierto que, como dice el agravio, los dos testigos no son contundentes y precisos sobre las fechas en que se desarrolló la relación entre M.del C. R. e I. E.. Pero debe particularmente tenerse en cuenta la edad de ambos, en ese entonces (conf. certificado fs.8), la juventud de la madre (16 años) y su humilde condición socio-económica, ya que vivía en una pieza de la casa de Teresa Guillermo (conf. declaración fs.127). Digo, de paso, que la cercanía entre esa testigo y la madre de la actora no desmerece su eficacia probatoria, dado el consabido principio de ley en las relaciones de familia los allegados íntimos son quienes mejor conocen los hechos (arts.384 y 456 C.P.C.), lo que también es de aplicación para la testigo Cristina Olga Fernández, compañera de escuela de la madre, con quien se reencontró luego de muchos años (fs.133/134). Y Guillermo identificó a E. quien con su "camioneta" solía llevar a R. (conf. fs.128vta.; arts.384 y 456 C.P.C.), en el marco de una relación afectiva de adolescentes (R. cursaba el segundo año del secundario) que describe su ex-compañera. Fernández precisa y detalla más que los vio juntos "en la camioneta" y que E. iba a buscar a R. a la escuela (fs.133/134 vta.). Estas sintetizadas declaraciones conforman el piso mínimo de verosimilitud que refiere el apelante para integrar -no aislada ni fragmentariamente- el restante plexo probatorio, potenciado con la negativa del demandado a hacerse los estudios de ADN (arts.163 inc.5, 375, 384, 456 y concs. C.P.C.; art.4 ley 23511).-

En definitiva el fallo se abasteca no sólo con la ponderación de la conducta de E. de asumir una postura de abstención, omitiendo colaborar y particularmente negándose a la extracción de muestras para practicársele las pruebas científicas, sino que juega también el complementario aporte testimonial que consolida la posición dimanante de aquel indicio (arts.163 inc.5, 384 y concs. C.P.C.).-

2) Me parece conveniente, aún cuando el meollo argumental y sustantivo de este pronunciamiento ya fue dado (art.15 Const.Pcia.Bs.As.; arts.34 inc.4, 163 inc.6, 168 inc.1, 267 inc.1 C.P.C.), añadir breves consideraciones que apuntan a abastecer la opinión de que, en ciertas circunstancias, basta únicamente la negativa del demandado para fundar el fallo. Y ello porque importa acudir a criterios interpretativos y a razonamientos desarrollados por la Corte Nacional, que en la actual doctrina legal bonaerense tiene efectos de vinculación, al menos moral o institucional aún en temas no federales (ver S.C.B.A. opinión del Dr.Hitters en: Ac.55536, 24/10/96 "Tenembaum", L.L. 1997-D-540 y A.y S. 1995-IV-13; Ac. 57981, 27/12/96 "Mizuno"; Ac.54349, 15/7/97 "La Previsión Coop.Seguros Ltda.", D.J.B.A. 153-251, A.y S.1997-III-899; Ac. L75441, 14/11/2001 "Colman", entre otros; ver "Algunas tendencias jurisprudenciales en la Suprema Corte de Buenos Aires" J.A 2004-II-27). Así, en anterior pronunciamiento, siguiendo la doctrina de la Corte Federal, esta Sala se pronunció sobre el valor que ese Alto Tribunal asigna al quiebre del deber de colaboración en el proceso, aplicable al "sub-lite" porque E. se negó a realizarse los estudios biológicos pertinentes. En esa oportunidad, y en consideraciones aquí trasladables, señalé que "al aludir Morello a la valoración de la conducta asumida por las partes en el proceso, -lo que, afirma, constituye un campo operatorio que es imprescindible "afinar"- transcribe un meduloso fallo el que, entre otras muchas reflexiones, señala que "en el proceso, no sólo tienen eficacia la manifestación de voluntad, sino también las actitudes omisivas, de conformidad con lo que se ha dado en llamar 'principio de autorresponsabilidad'" (Fenochietto - Arazi, "Código Procesal", T° I, p.569) "desde la óptica funcional de la prueba" (conf. Morello, Augusto, ob.cit., "Dificultades de la prueba en procesos complejos" p.79/85, especialmente pág.81; esta Sala, causas N°47191 y 47192 del 4/11/2004 "Esquerdo").-

Reiterando esas consideraciones se dijo más recientemente -aunque en aplicación de la teoría de cargas probatorias dinámicas- que "es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración) por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendores en el pleito, y que les previene, asimismo, el deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional..." (C.Nac.Com., Sala A, 24/3/2003, "Meiseles, Samuel M. v. Banco Francés S.A.", voto Dr.Peirano, Lexis N° 30011292).-

Tan es así que, categóricamente, la Corte Federal ha receptado como coadyuvante la posibilidad de "valorar la conducta asumida por las partes en el proceso" (C.S. Fallos 311:73) al considerar que la demandada "no aportó versión alguna acerca del hecho, limitándose a negarlos" (C.S., 6/2/2001, "Galli de Mazzucchi, Luisa c/ Correo, Miguel", J.A., 2002-I-407) ni produjo prueba suficiente que desvirtuara los indicios en contra suyo (C.S., 11/10/2001, "G. de G. L. y ots. c/ Ponce, Juan C. y ots.", L.L., 2002-A-884; ver Baracat, Edgar, en la reciente obra de Pablo Jorge Lépori White Inés, "Cargas probatorias dinámicas", p.273 y ss.). Y, en orden a las presentes argumentaciones, las menciones a la doctrina de la Corte Nacional tienen la mayor significación.-

En definitiva: todas las precedentes consideraciones conllevan a asignar gravitante valor probatorio a la conducta procesal (rectius: judicial) de la demandada y ello desde cualesquiera de las distintas doctrinas que se han desarrollado: sea en el carácter de prueba, perfecta o imperfecta y concluyente o indiciaria (ver Conclusiones del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal" en Morello - Sosa - Berizonce, "Códigos Procesales" T°X-B, p.148) sea se la considere como "prueba de los hechos o regla de valoración de las restantes pruebas" (Kielmanovich, Jorge, "La conducta procesal de las partes y la prueba", L.L., 2001-C-1221; sobre el tema Jorge Peyrano: "Valoración judicial de la conducta procesal", J.A. 26/5/04, J.A., 2004-I, fascículo 8) y los valiosos trabajos compilados). Así, los criterios varían desde reputar a la conducta procesal como "argumento de prueba" (para Pereira Marques, ob.cit., pág.67), medio "autosuficiente" (Lépori White, p.26) o autónomo (Rambaldo p.37) o esencialmente "corroborante" (Acosta, ob.cit., p.18 y Marcos Peyrano, ob.cit., p.31; arts.163 inc.6 y 384 C.P.C.; esta Sala, causas N°47191 y 47192 del 4/11/2004 "Esquerdo").-

Quiero señalar, en suma, que la Corte Federal no reniega de la valoración de la conducta procesal de los litigantes (arts.163, 165 inc.5, 166, 384 y concs. C.P.C.).-

El mentado principio de distribución dinámica de la carga de la prueba, es recibido -con ciertos alcances- por la Suprema Corte de Buenos Aires.-

En ese sentido es inveterada la regla interpretativa que sostiene que "la carga de la prueba no atiende tanto al carácter de actor o de demandado sino a la naturaleza de los hechos según sea la función que desempeñan respecto de la pretensión, de manera que mientras el actor debe probar el acto constitutivo de su derecho, el demandado debe probar los hechos contrapuestos que le son favorables por ser impositivos o extintivos" (S.C.B.A. Ac.47610, 27/12/91 "Bunge", conf. "in extenso" Morello Augusto M. "Indemnización del daño contractual" p.156 y ss.). Y en ese sentido no es ajena la aplicación de esa doctrina legal en supuestos en los que exigió del demandado una conducta positiva (en el caso para identificar la autenticidad de la cubierta dañada (S.C.B.A. Ac.87123, 3/8/2005 "Aldecoa"). Es que sin desconocer algunos vaivenes en la jurisprudencia vinculante local (por caso Ac.55133, 22/8/95 "Cayarga" y Ac.55404, 25/3/97 "Ménde" D.J.J.153-7) se ha acudido a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (que el Juez Hitters denomina "prueba interactiva" -Ac.B 49753, 2/12/97 "Ambrosio" J.A.1999-5-130) en

algunas oportunidades, particularmente en materia de responsabilidad médica (S.C.B.A. Ac.46039 "Acosta" en J.A.1993-IV-66 con nota aprobatoria de Gherzi y Weingarten y Ac.55354, 14/6/96 "Alvarez", D.J.J. 151-199).-
Decidió hace tiempo la Casación bonaerense que "ambas partes deberán brindar todo su esfuerzo probatorio para que se pueda decidir si hay culpa, no culpa o caso fortuito" (S.C.B.A. Ac.69059, 29/10/03 "Greco Carlos y ot. c/Pcia.de Bs.As. Ministerio de Salud. Ds. y Pjs.", voto de adhesión a la mayoría del Dr.Salas, con reenvío a Ac.55354, 14/6/96, D.J.J. 151-161). Y más recientemente se acotó -aunque más bien obiter dicta- que "el demandado era quien estaba en mejor condición de probar el cumplimiento de su obligación, y por ende la falta de razones esgrimidas en defensa de su posición o la ausencia de referencia concreta de los otros medios de prueba, o de la prueba directa aludida sellan adversamente el éxito del recurso" (S.C.B.A. Ac.90860, 29/6/2005, "Longarini", voto Dr.Genoud).-

3) Traigo esas precedentes consideraciones no solo para argumentar a favor de la ponderación autónoma de la falta de colaboración y de las cargas probatorias dinámicas, sino también y particularmente para responder un agravio del demandado E.-

No es cierto que su conducta procesal era solo de control de legalidad de la prueba producida y que se lo obligaba a probar un hecho negativo: que no era el padre. Dijo recientemente la Suprema Corte, a través de la opinión personal del Dr. de Lázzari, que "la noción de carga es parte definitivamente de la teoría general del derecho, pero su principal aplicación ocurre en el campo del derecho procesal. Consiste en la posibilidad que tiene el individuo, conforme a la norma que la consagra, de realizar libremente el acto objeto de ella, para su propio beneficio. En la carga, el sujeto se encuentra en absoluta libertad para escoger su conducta y ejecutar o no el acto que la norma contempla, y en la manera o no que la norma contempla, no obstante que su inobservancia puede acarrearle consecuencias desfavorables: Las cargas, en suma, son imperativos del propio interés, sin un derecho del adversario, importan el peso de una necesidad pero por conveniencia propia, para evitar la consecuencia de perder la condición ventajosa que con el acto se obtiene; constituyen una oportunidad de hacer algo útil a su mismo interés (conf. Eisner, "La prueba en el proceso civil", p.50 y ss; Couture "Estudios de Derecho Procesal Civil", T.II, págs.157/158; Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil" T.I, p.52 y T.II, págs.68/74; Goldschmidt "Teoría general del proceso", p.82; S.C.B.A. Ac.L70541, 19/2/2002 "Mastromateo", voto Dr.De Lázzari).-

E. alegó que no era el padre de M.V. R. por lo que la carga procesal que recaía sobre él(entendida en el valioso significado actual, con tintes de colaboración para arribar a la veracidad objetiva) le imponía más que a acreditar un hecho positivo favorable a la contraparte a realizar un acto (prestarse a realizar las pruebas biológicas) para neutralizar o desvirtuar las imputaciones presuncionales en su contra. Esa era su oportunidad de hacer algo útil en su propio interés.-

O sea, y con palabras casatorias "la negativa a la realización de la prueba biológica es demostrativa de que algo tiene que ocultar" (S.C.B.A. Ac.82018, "A., D. c/M.,M s/Filiación"; esta Sala causa N°46865, 27/7/04 "Molina").-

Concluyendo: el aporte testimonial de Teresa Guillermo y Cristina Olga Fernández, valorándolo en conjunto e interrelacionándolo (fs.126 y declaraciones fs.127/129 y 131/135), la incausada e injustificada negativa de E. a que se le tomen muestras biológicas (conf. cédulas fs.138 y 139, acta fs.140, constancia de inasistencia de fs.142, postura procesal asumida al contestar la demanda de fs.21 y al expresar agravios a fs.189), con más la mera negación de los hechos aducidos, conforman un plexo probatorio suficiente para acoger la demanda, debiéndose confirmar el fallo de grado (arts.163 inc.5, 375, 384 y concs. C.P.C.; art.4 ley 23551; arts.240, 243, 247, 248,251, 254, 255, 256 y concs. Cód.Civ.).-

4) En cambio es parcialmente procedente el agravio sobre la cuantía del daño moral.-

Para ello debe partirse de que "la negativa infundada al reconocimiento de un hijo provoca en éste un agravio moral que debe ser resarcido" (S.C.B.A. Ac.59680, 28/4/98 "P.,M.D. c/A.,E. s/Filiación e indemnización por daños y perjuicios", D.J.J.155-83, L.L.Bs.As.1999-167, E.D.181-226).-

A mayor abundamiento señala Kemelmajer de Carlucci desde la Suprema Corte de Mendoza que "la historia judicial en nuestro país comenzó el 2/3/1988, con el fallo de 1ª Instancia de Delma Cabrera, titular del Juzgado N°9 de San Isidro (E.D. 128-332, con nota aprobatoria de Bidart Campos, Germán "Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional") confirmada por la Cámara de Apelaciones de San Isidro, sala 1ª, el 13/10/88, con señero fallo del prestigioso procesalista Roland Arazi (publicada en L.L.1989-E-563, con comentario favorable de Méndez Costa, María J., "Sobre la negativa de someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente", y en E.D.132-477, con comentario laudatorio de Lidia Makianich de Basset y Delia Gutiérrez, "Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo", Sup.Corte de Mendoza, Sala 1ª, 24/7/2001, "D.R.C. c/A.M.B."). Más adelante la Jueza mendocina agrega que en esa tesis se inscribe la doctrina casatoria bonaerense (S.C.B.A., 28/4/98 en L.L.Bs.As. 1999-161 y 10/11/98 en J.A.1999-IV-483; 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.111 y con antelación aut.cit. "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo" ...-1998-III).-

De ese modo y apreciando distintos factores (la falta de la recamata, la actitud del padre en el proceso, la asistencia del niño a la escuela, la situación social de las partes, etc; cit. por Medina Graciela en ob.cit. Rev.Derecho de Daños 2001-1) se han fijado sumas reparatorias que oscilan en \$ 10.000 (Cámara Civil- Circunscripción 1, Mendoza, 13/3/2001, "Castro, Laura c/Héctor Félix González s/Ordinario-Filiación"), \$ 15.000 (Cámara Civil- Circunscripción 1, Mendoza, 9/2/98 "Minervini, Lucía por su hija menor c/César Barriga Maldonado s/Filiación extramatrimonial"), \$ 20.000 (C.Nac.Civ. Sala I, 13/2/2003, "A.,N.B. y otro c/S.,A.A.") y \$25.000 (Sup.Corte Mendoza Sala 1ª, 24/7/2001, "D.R.C. c/A.M.B"; esta Sala causa N°46865, 27/7/2004 "Molina" cit.).-

Los parámetros valorativos para resarcir aquí el daño moral son la edad de la menor (de 19 años, al deducir la demanda; fs.8 y cargo de fs.14 vta.), la negativa incausada y por ende antijurídica del progenitor (S.C.B.A., Ac.64506, del 10/11/98 en A.y S. 1998-V-712) atendiendo a que que E. no fue requerido antes del proceso para que asumiera su deber filial. Por ello resulta congruo y equitativo fijar en \$10.000 el daño moral de la actora atendiendo a "la aflicción que presupone la niñez y adolescencia sin portar el apellido paterno, carecer de los cuidados y atenciones implicados en la función paterna (arts.163 inc.5, 165, 384 y concs. C.P.C.; arts.901, 902, 906, 1066, 1067, 1068, 1078 y concs. Cód.Civ.). Todo ello procede tomar como parámetro valorativo no sólo antecedentes del Tribunal (esta Sala causa 46865 "Molina" cit.) sino también lo que en caso análogo decidió la Cámara de Junín -con voto del entonces Juez, Dr.Venini- que admitió el daño moral en caso de negativa a la realización de la prueba genética (Cám.Civ.y Com. Junín 22/9/95 en L.L.B.A. 1996-374 fijando \$ 15.000 cit. por Medina Graciela "Daños en el derecho de familia" p.140 N°5).-

En definitiva aprecio -entre los otros elementos de juicio- que el accionado entorpeció el trámite del proceso (argumento "a contrario" Cám.Civ.y Com. Dolores, causa 82846 del 26/8/2005 "O.,G.M. c/J.H.S. s/Reconocimiento de Hijo", Infojuba Abril 2006).-

Así lo voto

A la misma cuestión, la Señora Juez, Dra.De Benedictis votó en idéntico sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Doctor GALDOS, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts.266, 267 y concs. del C.P.C.C., corresponde confirmar, en lo principal, la sentencia recurrida en cuanto declara a I. E. padre biológico de M.V. R. y modificarla en el monto del daño moral por la omisión de

reconocimiento de su paternidad que se fija en \$ 10.000. Con costas en ambas instancias a la demandada vencida. Difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (arts.31 y 51 ley 8904).-

Así lo voto.-

A la misma cuestión, la Señora Juez, Dra. De Benedictitis votó en idéntico sentido.-

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 4 de Mayo de 2006.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts.266, 267 y concs. del C.P.C.C., CONFÍRMASE, en lo principal, la sentencia recurrida en cuanto declara a I. E. padre biológico de M.V. R. y MODIFÍCASE en el monto del daño moral por la omisión de reconocimiento de su paternidad que se fija en \$ 10.000.-

IMPÓNENSE costas en ambas instancias a la demandada vencida.-

DIFIÉRESE la regulación de honorarios para su oportunidad (arts.31 y 51 ley 8904).-

NOTIFÍQUESE por Secretaría y devuélvase.-

Fdo.: Dr.Galdós - Dra.De Benedictis.//-

Ante mí: Dra.Restivo.-

Citar: elDial - AA34C2

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version