

Citar Lexis N° 0003/800215

Género: Actualidad

Título: Actualidad en Derecho de Familia – LNBA 2006–7

Autor: Villaverde, María S.

Fuente: LNBA 2006–7–792

DERECHO DE FAMILIA – 01) Generalidades

SUMARIO:

a) Tenencia: recurso extraordinario de nulidad: 1. Doctrina de la sentencia aparente. Falta de fundamento legal (art. 171 Const. Bs. As.); 2. Omisión de cuestión esencial.– b) Adopción: hogar de tránsito. Fracaso de la revinculación con la familia biológica. Otorgamiento de guarda definitiva y con fines de adopción. Oposición de la familia biológica: 1. Interés superior del niño: Régimen de Hogares de Tránsito y Registro de Aspirantes; 2. Identidad y familia de sangre.– c) Representación: actos jurídicos de los padres en pro de sus hijos menores de edad. Muerte de un hijo menor por mala praxis médica. Responsabilidad contractual. Cómputo de la prescripción (art. 4023 CCiv.): 1. Tipos de actos jurídicos realizados por los padres en pro de sus hijos; 2. Acción ejercida por los padres por la muerte de un hijo: iure propio y superación de la tesis iure hereditatis; 3. Naturaleza contractual de la responsabilidad profesional del médico; 4. ¿En representación del hijo o por derecho propio?; 5. Deber legal y amor por los hijos.– d) Filiación: 1. Interés superior del niño; 2. Ponderación de los efectos procesales de la negativa a someterse a las pruebas biológicas; 3. Daño moral: parámetros valorativos y definición

a) Tenencia: recurso extraordinario de nulidad

En materia de tenencia, la Sup. Corte Bs. As., en causa Ac. 95571, "A. F., L. M. v. O., J. R. Tenencia", del 15/3/2006 rechazó el recurso extraordinario de nulidad interpuesto por el padre contra la resolución de la sala 2ª de la C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, que al revocar la sentencia del Juzgado de Paz de Pilar hiciera lugar a la demanda interpuesta por la madre, otorgándole a ella la tenencia de sus cuatro hijos menores.

1.– Doctrina de la sentencia aparente. Falta de fundamento legal (art. 171 Const. Bs. As.)

Del dictamen del subprocurador general: "Lo que el art. 171 Const. prov. (LA 1994–C–3809) sanciona es la falta de fundamentación legal, con independencia de que las normas citadas se correspondan o no con los planteos de las partes (Ac. 84571, sent. del 7/7/2004). Y el pronunciamiento en crítica evidencia sólida apoyatura jurídica en cada uno de los temas abordados".

Del voto del Dr. Hitters: "el quebrantamiento del art. 171 Const. prov. sólo se produce cuando el pronunciamiento carece de toda fundamentación jurídica, faltando la invocación de los preceptos legales pertinentes, pero cumple con la exigencia que impone dicha norma constitucional la sentencia que está fundada en expresas disposiciones legales, no correspondiendo juzgar por vía del recurso de nulidad la correcta o incorrecta fundamentación de la decisión (conf. Ac. 84270, sent. del 8/6/2005).

Por lo tanto, "resulta improcedente el recurso extraordinario de nulidad en que se alega falta de fundamentación legal si de la simple lectura de la sentencia se advierte –como en el caso– que ella se

encuentra fundada en derecho (conf. Ac. 84048, sent. del 6/7/2005)".

2.- Omisión de cuestión esencial

El progenitor expone que se ha omitido una cuestión esencial, configurada a su juicio por la preterición del tratamiento de la situación de hecho consolidada por más de dos años durante los cuales los hijos menores de la pareja permanecieron con el progenitor.

A ello, la Suprema Corte señala que ha dicho reiteradamente "que no se configura omisión si la temática ha sido desplazada por el sentido del pronunciamiento emitido (conf. Ac. 85402, sent. del 26/5/2005)", y que en este caso, "el juzgador ha analizado la situación fáctica en la que se encuentran los menores, juzgando, en diferente sentido que lo sostenido por el recurrente, que corresponde atribuir la tenencia de los niños a su madre, y en este enfoque, cabe resaltar que el recurrente confunde la noción de cuestión esencial, cuya preterición motoriza la vía extraordinaria elegida, con los argumentos vertidos en apoyo de su reclamo".

Destaca la Suprema Corte, conforme lo ha sostenido reiteradamente, que "cuestiones esenciales son aquellas que conforman la estructura de traba de la litis y el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la solución del litigio y no cualquiera que las partes consideren tales, no revistiendo dicho carácter los meros argumentos introducidos por las partes en apoyo de sus pretensiones (Ac. 51894, sent. del 14/9/1993; Ac. 59835, sent. del 14/7/1998, entre otros)".

b) Adopción: hogar de tránsito. Fracaso de la revinculación con la familia biológica. Otorgamiento de guarda definitiva y con fines de adopción. Oposición de la familia biológica

Resulta de especial interés en esta materia el fallo de la sala 1ª de la C. Civ. y Com. San Martín, en la causa "M., S. s/art. 10 ley 10067", expte. 47844, del 11/4/2006, que confirma la sentencia de primera instancia en cuanto otorgó la guarda definitiva y con fines de adopción de una niña de siete años al matrimonio que desempeñaba el rol de hogar de tránsito desde aproximadamente los dos años de edad de la menor, luego de "su solitario deambular por distintos hogares" y agotada que fuera la revinculación vanamente intentada con sus padres biológicos.

1.- Interés superior del niño: Régimen de Hogares de Tránsito y Registro de Aspirantes

Entre los agravios de los padres biológicos a la resolución que otorga la guarda definitiva y con fines de adopción al matrimonio, se destaca el reparo opuesto por los recurrentes "empeñados en endilgar al matrimonio querer la adopción plena y de no respetar su compromiso de hogar de tránsito". La Dra. Gallego, en su voto, invoca un antecedente de esa sala en la que se sostuviera que "quienes ostentan la guarda provisoria por delegación judicial (guarda judicial) como medio de protección del menor asistido, caso de los recurrentes, no tienen prohibido por el derecho sustancial aspirar a transformar dicha guarda definitiva en otra con fines de adopción o guarda adoptiva (arts. 316 , 317 y concs. CCiv.)". De este modo se privilegia el "resguardo a ultranza del interés superior del niño involucrado", ante la defensa de "la inalterabilidad del sistema asistencial".

Refuerza la jueza su argumento con la remisión al voto del Dr. Pettigiani en la causa "A., S. s/art. 10 ley 10067", Ac. 84418, del 19/6/2002, al que me he referido en oportunidades anteriores (1), en el que se trata extensamente el régimen de los hogares de tránsito y la instrumentalidad del Registro de Aspirantes, previniendo contra la sacralización de los registros en desmedro del interés superior del niño. Por su pertinencia y atendiendo a la referencia efectuada en la providencia reseñada, en dicho voto se destaca que:

"En definitiva, el Registro Único de Aspirantes a Guardas de Adopción cumple una función de marcada importancia en cuanto rodea de ciertas garantías la entrega de criaturas en estado de abandono con destino a su futura adopción contribuyendo a desplazar prácticas viciosas tales como el tráfico y explotación de menores. Empero, no puede representar una especie de monopolio para determinar las personas que puedan adoptar un niño".

2.- Identidad y familia de sangre

Obsérvese asimismo la aclaración efectuada en el voto analizado ante la "confusión de los apelantes entre identidad y familia de sangre": "la identidad real de las personas, más allá de los datos de una simple ficha de identificación, se funda y crece entre los lazos de amor y protección que brinda la familia que la recibió, dándole todo aquello –necesario para la vida– que no recibió de sus padres biológicos".

Cierra su voto la magistrada con las palabras del Dr. Pettigiani –en sentido coincidente– en la causa mencionada previamente a cuya texto íntegro remite: "No puede confundirse identidad con origen, sustentándose un criterio meramente biológico de familia, que desplaza por completo la consideración del vínculo interfamiliar con algo enraizado esencialmente en el afecto, y no en el sólo hecho mecánico de engendrar. Nuevamente campea aquí el concepto del menor cosificado y se violenta el espíritu del art. 8 de la Convención (2)".

c) Representación: actos jurídicos de los padres en pro de sus hijos menores de edad. Muerte de un hijo menor por mala praxis médica. Responsabilidad contractual. Cómputo de la prescripción (art. 4023 CCiv.)

"¿Quién contrató con el médico o con la clínica: si lo hicieron los padres en representación de su hijo o si lo celebraron por derecho propio?", esta es la cuestión.

A fin de resolverla, los actos jurídicos de los padres en pro de sus hijos menores han sido materia del fallo "V., H. E. y ot. v. P., N. P. s/daños y perjuicios", dado por la sala 1ª de la C. Civ. y Com. Mercedes el 4/4/2006, con voto del Dr. Emilio A. Ibarlucía, al que adhirieron los magistrados Sánchez y Marcelli.

La sala 1ª confirma la sentencia de primera instancia en cuanto acogió favorablemente una demanda por daños y perjuicios presentada por los padres de un niño fallecido por una mala praxis médica, rechazando la defensa de prescripción invocada por los demandados que fuera fundada en el art. 4037 CCiv. por considerar que la presentación de los padres era fundada en un vínculo de responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, cuando los progenitores contratan con un médico o una clínica la atención de la salud de un hijo menor de edad, no lo hacen exclusivamente a nombre o representación de este último y sólo por un deber legal, sino por un interés propio. Por lo que el daño que personalmente sufran por el incumplimiento de tal obligación debe ser imputado directamente al contrato–fuente de la obligación, ya que resulta de una consecuencia inmediata y necesaria conforme el art. 520 CCiv. Por lo expuesto corresponde aplicar al caso el plazo de prescripción dispuesto por el art. 4023 CCiv. –es decir, que la acción se prescribe por diez y no por dos años.

1.- Tipos de actos jurídicos realizados por los padres en pro de sus hijos

En primer lugar, ha de tenerse presente que los actos jurídicos efectuados por los padres en pro de sus hijos menores de edad pueden ser de dos tipos: los concretados por los progenitores iure proprio, en beneficio de los hijos, y los efectuados en virtud de un derecho subjetivo de éstos, actuando como representantes legales

necesarios, derivados de la existencia de una prerrogativa en cabeza de un "incapaz de hecho".

En este fallo de la sala 1ª se evidencia cómo la inclusión de los actos de los padres en una u otra categoría no se halla exenta de dificultades en algunos casos. En estos términos plantea la cuestión a dilucidar el Dr. Ibarlucía en su voto: "El problema, en acciones como la de autos, es determinar quién contrató con el médico o con la clínica: si lo hicieron los padres en representación de su hijo o si lo celebraron por derecho propio. Si la respuesta es la primera alternativa, fallecido el hijo, la acción de los padres es extracontractual, toda vez que no nace del contrato que en nombre del hijo concertaron. Si la respuesta es la segunda, la acción es contractual".

Rabinovich–Berkman en su comentario a este fallo señala que: "cuando contrato una prestación destinada a preservar la salud. La vida o la dignidad de mi hijo, no lo hago en representación de mi hijo, porque las prerrogativas que amparan esos aspectos no son susceptibles de representación alguna. Lo hago en ejercicio de mi propio derecho a preservar la vida y la salud de mi hijo. Que, en mi caso, como padre, es en realidad una obligación..., porque el ordenamiento jurídico me impone velar por esa preservación, sin darme alternativa" (3) .

2.– Acción ejercida por los padres por la muerte de un hijo: iure propio y superación de la tesis iure hereditatis

Se destaca en la fallo que: "No se discute hoy en doctrina y jurisprudencia que la acción que ejercen los padres por la muerte de un hijo es iure propio, estando superada la tesis de que es iure hereditatis, dado que la muerte en sí misma no da lugar a una acción en cabeza del fallecido que luego se transmita a sus herederos". A partir de los "fundamentos de los rubros indemnizatorios reclamados", es evidente en el caso de autos que los actores accionan por los daños sufridos por ellos mismos.

3.– Naturaleza contractual de la responsabilidad profesional del médico

De igual modo: "Tampoco se discute que la responsabilidad profesional del médico –lo mismo que la de las clínicas o de las obras sociales– es, salvo excepciones, de naturaleza contractual".

4.– ¿En representación del hijo o por derecho propio?

El juez preopinante, concluye que la solución a la cuestión es la dada por el fallo sala C de la C. Nac. Civ., del 27/4/1997 con cita de un trabajo del Dr. Gustavo Bossert, titulado "Contratos en interés del hijo menor" (LL 1991–B–773), que mereciera la adhesión de Bustamante Alsina en la publicación "Responsabilidad civil de las obras sociales por la mala praxis en la atención médica de un beneficiario" (LL 1998–A–404).

Postura del Dr. Bossert: "Cuando los progenitores actuaban en el cumplimiento de deberes que la paternidad les imponía, entre los que se destacaba contratar servicios de atención médica, no podía decirse que lo hacían como representantes de sus hijos, pues a través de ellos cumplían con deberes propios, como el de cuidar la salud de los mismos". Por lo que "se trataba de un supuesto de estipulación a favor de tercero, de acuerdo al art. 504 CCiv., quedando implícitamente entendida la aceptación por parte del beneficiario". En consecuencia, "el padre no sólo podía reclamar a título propio el cumplimiento del contrato, sino también pedir la resolución, u oponer la excepción de incumplimiento si fuere demandado".

Voto del Dr. Galmarini en el fallo de la sala C de la C. Nac. Civ., del 27/04/97: señala el Dr. Ibarlucía que el punto de vista referido fue adoptado por el Dr. Galmarini, que votó en primer término, partiendo de la distinción básica entre la responsabilidad contractual y la extracontractual: "en la primera había un deber

preexistente, específico y predeterminado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado, mientras que en la segunda había un deber preexistente genérico (no dañar), indeterminado en relación a los sujetos pasivos, y que, en la especie, no se trataba de la violación de un deber de este último tipo, sino del incumplimiento de obligaciones preexistentes específicamente asumidas". Por lo que, "lo determinante en el caso era que los progenitores habían sido parte de la relación contractual a título propio, y –haciendo una extensión de la opinión de Bossert arriba citada– que podían, por lo tanto, demandar por los daños sufridos personalmente provocados por el incumplimiento".

5.– Deber legal y amor por los hijos

Concluye su voto el magistrado preopinante, afirmando que cuando los padres contratan con un médico o una clínica la atención de la salud de un hijo menor de edad "lo hacen también movidos, no sólo por un deber legal, sino por un interés propio, que no es –nada más ni nada menos– que el amor por su hijo. ¿Puede razonablemente decirse que no tienen un interés personal en que su hijo sea atendido con la mejor diligencia e idoneidad técnica posible en el arte de curar de forma que no corra peligro su vida? Evidentemente que no. En consecuencia, el daño que personalmente sufran por el incumplimiento de tal obligación, no puede dejar de ser imputado al contrato–fuente de la misma, ya que es su consecuencia inmediata y necesaria (art. 520 CCiv.)".

d) Filiación

En materia de filiación –específicamente sobre el valor probatorio de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas– resulta de singular relevancia por su riqueza argumental, el fallo de la sala 2ª de la C. Civ. y Com. Azul, del 4/5/2006, en la causa "R., M. del C. v. E., I. s/reclamación de filiación extramatrimonial –causa 49237", con voto del Dr. Jorge M. Galdós al que adhiere la magistrada De Benedictis, en el que se confirma el fallo del Juzg. Civ. y Com. Tandil, n. 1, que había hecho lugar a la demanda declarando la filiación extramatrimonial pretendida por una menor de edad, aunque se habrá de considerar parcialmente procedente el agravio sobre la cuantía del daño moral a cargo del demandado, emplazado como padre biológico.

1.– Interés superior del niño

Obsérvase que se menciona en primer lugar, como defecto del escrito impugnatorio, que no se atacan los argumentos nucleares del fallo de primera instancia, como lo son el concepto y alcance de la filiación, el derecho subjetivo que conlleva conocer y ejercer la realidad biológica y "el cobijo que le confiere la Convención sobre los Derechos del Niño " (LA 1994–B–1689), y que "en la pugna de intereses prevalece el del menor".

2.– Ponderación de los efectos procesales de la negativa a someterse a las pruebas biológicas

a) Los avances del conocimiento científico han generado consenso sobre considerar la prueba biológica como esencial para atribuir o descartar paternidad, al punto que se ha afirmado que "el juicio de filiación es hoy de neto corte pericial".

b) El punto convocante recae sobre la suficiencia de la falta de colaboración del demandado padre presunto para dictar una sentencia de filiación, sin prueba corroborante o complementaria, "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".

i) Dicha cuestión ha dado lugar a discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, prevaleciendo la postura que considera –"por vía de principio"– que se trata de "un indicio que requiere de otros medios de prueba para formar convicción"; que "no es definitiva si no existe otra probanza": que "no es cualquier indicio sino un indicio grave".

ii) 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. Aun cuando se trate del único indicio, éste es lo suficientemente grave y preciso como para formar convicción de la verdad de la filiación reclamada". El voto se refiere a la sentencia dictada por el Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., el 4/5/2000, sent. 27, "N.N. –recurso directo" (4) , cuya lectura íntegra resulta de singular interés en el estudio del problema sobre la valoración de la negativa a someterse a las pruebas biológicas, especialmente por su interpretación del art. 4 ley 23511 (LA 1987–B–1745) (5) .

En la misma orientación se hallan Azpiri y Ghersi. Entiende el primer autor mencionado 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".

iii) El Dr. Galdós considera que, "en ciertas y particulares circunstancias puede ser suficiente la valoración de la conducta procesal omisiva, aun sin prueba complementaria coadyuvante, porque no puede descartarse a priori, en abstracto y de modo genérico asignarle a esa conducta pleno valor probatorio".

iv) Doctrina legal de la Suprema Corte bonaerense sobre la interpretación del art. 4 ley 23511: "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" (6) .

Valor de la prueba testimonial como complemento del indicio constituido por la negativa del demandado a someterse a los estudios: dado que en el caso concurre el supuesto fáctico al que hace referencia la doctrina casatoria, el fallo se abastece con la apreciación conjunta de la prueba testimonial –que constituye el piso mínimo de verosimilitud requerido por el art. 4 ley 23511–, potenciada con la negativa del demandado a someterse a los estudios biológicos y su postura defensiva ("el `quedarse quieto' del demandado, como decía Couture, o sea cobijarse en el traslado de la carga de la prueba a la actora"), omitiendo su colaboración en el proceso. "El complementario aporte testimonial... consolida la posición dimanante de aquel indicio" –la negativa.

c) El magistrado despliega convincentes argumentos a favor de la ponderación autónoma de la falta de colaboración y de las cargas probatorias dinámicas, especialmente para responder al agravio del demandado centrado en la "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 quince años. Por ello sólo puede asumir una posición defensiva controlando la prueba producida pero el rol protagónico lo tiene la demandante".

Con sólidos argumentos se responde a dicho agravio, demostrando que "no es cierto que su conducta procesal era sólo de control de legalidad de la prueba producida y que se lo obligaba a probar un hecho negativo: que

no era el padre":

i) Criterios interpretativos y razonamientos desarrollados por la Corte Suprema de Justicia Nacional, que en la actual doctrina legal tiene efectos de vinculación moral o institucional, aun en temas no federales: valor otorgado al "quiebre del deber de colaboración en el proceso – principio de autorresponsabilidad' (Fenochietto y Arazi) desde la 'óptica funcional de la prueba' (Morello)–; criterio de lealtad, probidad y buena fe que debe presidir la actuación de las partes: teoría de las cargas probatorias dinámicas –deber de colaboración– y deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaboración con el juez. La Corte Suprema receptó como coadyuvante la posibilidad de valorar la conducta asumida por las partes en el proceso al considerar que la demandada no aportó versión alguna de los hechos, limitándose a negarlos, "ni produjo prueba suficiente que desvirtuar los indicios en contra suyo". Por lo tanto, la Corte Nacional no reniega de la valoración de la conducta procesal de los litigantes.

ii) La Suprema Corte bonaerense ha receptado el principio de distribución dinámica de la prueba con ciertos alcances: "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". En otros casos, ha receptado la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en materia de responsabilidad médica ("prueba interactiva" –Dr. Hitters). También decidió que: "ambas partes deberán brindar todo su esfuerzo probatorio para que se pueda decidir si hay culpa, no culpa o caso fortuito".

iii) Noción de carga: concluye el Dr. Galdós con una cita de una opinión personal del Dr. de Lázari sobre la noción de carga, que habrá de aplicar finalmente a la conducta del demandado en este proceso: "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".

El demandado alegó que no era el padre, "por lo que la carga procesal que recaía sobre él (entendida en el valioso significado actual, con tintes de colaboración para arribar a la realidad objetiva) 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 transcritas, 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' (Sup. Corte Bs. As., Ac. 82018, 'A., D. v. M., M. s/filiación'; esta sala, causa 46865, 27/7/2004, 'Molina')".

3.– Daño moral: parámetros valorativos y definición

En el fallo reseñado se estima parcialmente procedente el agravio referido a la cuantía del daño moral, fijada por el juez de primera instancia. Como punto de partida argumental, el Dr. Galdós cita el Ac. 59680, 28/4/1998, "P., M. D. v. A., E. s/filiación e indemnización por daños y perjuicios" de la Suprema Corte bonaerense: "la negativa infundada al reconocimiento de un hijo provoca en éste un agravio moral que debe ser resarcido".

Agrega consideraciones vertidas por la magistrada mendocina Kemelmajer de Carlucci sobre la historia del reconocimiento judicial del daño moral (fallo del 2/3/1988, de la Dra. Delma Cabrera, titular del Juzgado n. 9 de San Isidro, confirmado por la sala 1ª, de la Cámara de Apelaciones de San Isidro el 13/10/1988 –voto del Dr. Roland Arazi–, con comentarios laudatorios de la doctrina), en cuya línea se inscribe la doctrina casatoria bonaerense.

Adopta como parámetros valorativos para cuantificar las sumas reparatorias del daño moral: edad de la menor (19 años al deducir la demanda), la negativa incausada y por ende antijurídica del progenitor (Sup. Corte Bs. As., Ac. 64506, del 10/11/1998), atendiendo a que el demandado no fue requerido antes del proceso para que asumiera su deber filial. Asimismo se han tenido en cuenta antecedentes del tribunal (causa 46865, "Molina", de esa sala), y una resolución de la Cámara de Junín en un caso análogo, así como decisorios provinciales y nacionales que cita detalladamente.

Apreciando los factores mencionados se disminuye de \$ 15.000 a \$ 10.000 el monto reparatorio de "la aflicción que presupone la niñez y adolescencia sin portar el apellido paterno, carecer de los cuidados y atenciones implicados en la función paterna".

NOTAS:

(1) LNBA, 1/2005, julio, ps. 170/171.

(2) Convención de los Derechos del Niño (LA 1994–B–1689).

(3) Comentario de Rabinovich–Berkman, Ricardo D., "¿Naufragar en el océano de las ficciones? (sobre las decisiones existenciales en beneficio de niños)", cita: MJJ7072.

(4) Cuya doctrina se reitera en la sent. 20, del 19/4/2006, "M. B. D. V. v. E. P. B. dda. de filiación, recurso de casación e inconstitucionalidad".

(5) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., el 4/5/2000, sent. 27, "N.N., recurso directo". La negativa del demandado en juicio de filiación al sometimiento de las llamadas pruebas biológicas (ADN.) constituirá indicio suficiente para tener por acreditada y cierta la paternidad atribuida, salvo prueba directa que excluya definitivamente toda posibilidad de participación eficiente del accionado en la concepción. En el plexo normativo actual y conforme los adelantos científicos producidos en materia de investigación genética, la conducta obstruccionista del demandado en juicio de reclamación de la paternidad extramatrimonial constituye por sí mismo fundamento de suficiente peso para tener por "verosímil" la pretensión del accionante, ya que resulta razonable concluir que la negativa tiende a evitar que se produzca la prueba que lo señalará como padre. Si el juez debe formar su juicio "de conformidad con las reglas de la sana crítica" (art. 327 CPCC. [ALJA 1968–B–1446]) entre las cuales se encuentran "las máximas de experiencia, es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano" va de suyo que no puede apartarse de una realidad incontestable: sólo el afán de frustrar la prueba de su paternidad, puede inducir al demandado a negarse a la prueba biológica. No sería "razonable" suponer que quien de buena fe entiende no ser el padre del hijo que se le atribuye, se niegue a la demostración fehaciente de ese extremo, la "verosimilitud de la pretensión" no puede ya significar la necesidad de aportar la prueba complementaria de las relaciones sexuales del presunto padre con la madre al tiempo legal de la concepción, sino que es suficiente la ausencia de prueba directa que excluya la posibilidad de tal relación íntima (enfermedad, impotencia sexual, viaje al exterior, privación de la libertad, etc.) pues entonces ya la pretensión no sería verosímil, como tampoco lo sería si se aportaran datos certeros que impidieran tener por establecida la

filiación por la simple negativa del accionado (esterilidad, por ejemplo). Se trata en definitiva de invertir los términos en que se postula la regla sobre "verosimilitud" de la filiación invocada: no ya requerir al accionante que demuestre que la filiación invocada es "verosímil", mediante la demostración de extremos que tornen probable la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción, sino asumir, como regla de experiencia, que la negativa a la prueba biológica gesta esa verosimilitud, al menos mientras las circunstancias de hecho no tornen irrazonable la filiación pretendida.

(6) Todos ello en su anterior composición: Sup. Corte Bs. As., Ac. 51583, 17/10/1995; Ac. 62514, 15/4/1997; Ac. 67883, 21/4/1998; Ac. 68872, 1/9/1998, DJJ del 11/11/1998; esta sala, causas 39665, del 17/11/1998, "Laboratto"; 46865, del 27/7/2004, "Molina" .

2006