

**Expediente: B-161384-2006**

**Tribunal: Cámara en lo Civil y Comercial Sala III**

**Competencia:**

**Fecha: 12/12/2012**

**Voces**

**Jurídicas**

**DAÑOS Y PERJUICIOS; VICTIMA MENOR DE EDAD; ABUSO SEXUAL CON PENETRACIÓN;**

**SUMARIOS**

**ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL A MENOR DE EDAD - EMBARAZO NO DESEADO - QUANTUM INDEMNIZATORIO -DAÑOS DE HIJA NACIDA DEL ABUSO**

TEMAS: DAÑOS Y PERJUICIOS. ABUSO SEXUAL CON PENETRACIÓN. VÍCTIMA MENOR DE EDAD. RECIÉN NACIDO. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. DAÑO MATERIAL. DAÑO MORAL.

En la ciudad de San Salvador de Jujuy, a los días del mes de Diciembre de 2012, reunidos en el recinto de acuerdos de la Sala Tercera de la Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, los Dres. CARLOS MARCELO COSENTINI y NORMA BEATRIZ ISSA, bajo la presidencia de trámite del primero de los nombrados, vieron el Expte. Nº B-161384/06 caratulado: "ORDINARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: M.N. por la menor G.A.M. y su nieta J.M.M.", del cual,

El Dr. CARLOS MARCELO COSENTINI, dijo:

Comparece en estos autos el Dr. Pablo Martín Pullen Llermanos -con el patrocinio letrado del Dr. Mario Rodolfo A. Mallagray- como apoderado de la Sra. N.M., quien actúa como representante legal de su hija menor de edad, G.A.M. y de su nieta J.M.M., y, deduce demanda ordinaria por daños y perjuicios en contra de J. C., alojado por ese entonces en el Servicio Penitenciario de la Provincia de Jujuy -hoy en libertad-, persiguiendo la reparación de los daños y perjuicios irrogados a las actoras a raíz del abuso sexual cometido por el accionado en contra de G.A.M..

Fundamenta su pretensión en el delito contra la integridad sexual sufrido por la citada menor a instancias del demandado, en oportunidad en que aquella, junto a una

amiga, se apersonaron a la morada de C. para cobrar una suma de dinero que éste les debía como contraprestación por trabajos de 'desyuyado' realizado por las niñas en su finca. En dicha ocasión, con engaños, amenazas y violencia, el accionado logró abusar sexualmente de G. amenazando a ambas menores para que no relataran nada de lo sucedido bajo promesa de darles muerte en caso que aquellas no mantuviesen silencio.

Entre las consecuencias del acceso carnal forzado a que el accionado sometió a la niña de tan solo doce años de edad al momento del hecho, devino un embarazo obviamente no deseado que ésta debió gestar, del cual nació su pequeña hija, J.M.M., quedando corroborada dicha paternidad con la prueba pericial de ADN practicada en el Expte. Penal ofrecido como prueba.

Se reclama a raíz del hecho, una reparación del daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance, daño moral y daño psicológico sufrido por G. así como del daño actual y futuro sufrido por la hija menor nacida de la violación; ofrece prueba y peticiona.

Cumplidos los trámites de designación de tutor ad-litem de J.M.M. -hija de la menor-, así como de curador al accionado mientras se hallaba cumpliendo efectiva condena, se corrió a éste traslado de la demanda al quedar en libertad (por eximisión de prisión) la que fue contestada por su apoderado legal a fs. 113-116.

En la misma se alega como defensa la prescripción de la acción civil y se contesta demanda en subsidio, rechazando la procedencia de la demanda.

Conferido y contestado el traslado del Art. 301 CPC y fracasada la instancia conciliatoria con inasistencia del accionado, la causa se abrió a prueba.

Producida la misma -encuesta ambiental, pericia médica y psicológica, entre otras-, se llevó a cabo la audiencia de vista de causa (Fs.247). Agregado que fuera el Expte. correspondiente al juicio de filiación seguido al accionado,

devuelto el mismo y dictada e inscripta la sentencia recaída en aquel, la causa quedó en estado de ser resuelta.

Inicialmente corresponde considerar los efectos que en este proceso civil ha traído aparejado el decisorio recaído en sede penal, en la causa tramitada por Expte. Nº 51/10, caratulado: "J. C.: abuso sexual con acceso carnal, Maimará", a tenor del cual, la Sala II de la Cámara Penal consideró al encartado como responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, previsto y penado por el Art. 119 1er. y 3er. párrafo del Código Penal, condenándolo a la pena de seis años de prisión, sentencia que se encuentra firme y consentida.

Existiendo por tanto un pronunciamiento penal previo que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y siendo que el caso civil a resolver se encuentra íntimamente vinculado con los elementos estructurales del tipo legal sobre los que ya se ha expedido la Sala Penal, no cabe duda de la responsabilidad civil que corresponde al demandado J. C. por el delito que se le imputa y por el cual fue condenado penalmente.

Ello es así en virtud de que, habiendo recaído sentencia condenatoria en sede penal, no es posible desconocer la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa de su autor, de acuerdo a lo estatuido por el art. 1102 del C. Civil.

Por consiguiente, dada la certeza sobre la materialidad del evento dañoso así como del dolo del accionado que la provocó, elementos sobre los cuales existe ya cosa juzgada (Salvat, Trat. T. VII) no pueden variarse las circunstancias de hecho analizadas en sede penal ni apartarse de la calificación subjetiva de culpabilidad efectuada en aquel fuero -autoridad de la "resjudicata" emanada de la sentencia penal condenatoria-.

En atención a lo expuesto, sólo queda determinar la procedencia de la acción y del reclamo indemnizatorio ínsito en la misma de conformidad con las disposiciones de los art. 1109 y ccs. del C.Civil.

Por una cuestión de lógica prelación, corresponde ingresar primeramente en el análisis de la excepción de prescripción

de la acción civil interpuesta por el accionado con sustento en lo normado por los Arts. 3947 y 3949 del C.C.

La defensa aludida, se fundamenta en el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha del hecho dañoso (entre el 10 y el 14 de enero de 2004) y la interposición de la demanda civil (21 de septiembre de 2006 según cargo de fs. 31), plazo que, a decir del accionado, ha generado la configuración de la prescripción liberatoria de la acción en beneficio de su parte.

Aduce en tal sentido que existió 'dejadez, abandono y falta de interés en iniciar la causa civil' (SIC) por parte de la actora, atento a que no se produjo ninguna de las excepciones a la prescripción prevista por el Art. 4037 C.C.; que no hubo duda en la autoría del delito ya que desde el primer momento se denunció al Sr. C. como responsable del abuso por lo que bien pudo ser demandado y que aquel no reconoció en ningún momento el hecho, con lo cual, no operó ningún acto con efecto interruptivo.

El representante de la actora contestó la defensa opuesta a fs. 131-135 alegando acaecida la suspensión de la prescripción en los términos de los Arts. 3966-3980 C.C. y la inexistencia de la misma respecto de la menor J.M.M., quien recién comenzó a existir en fecha 22/09/04, por lo que la demanda civil deducida en fecha 21/09/06, ha sido interpuesta dentro del plazo legal para accionar.

Aduce igualmente en su favor que no resultaría exigible a dos menores de dos y trece años de edad la promoción de acciones legales en contra del violador por carecer las mismas del discernimiento suficiente, hallándose moral y jurídicamente impedidas de ejercerlas. Se cita al respecto la Convención de los Derechos del niño, doctrina y jurisprudencia que se entiende aplicable al caso peticionando el rechazo de la defensa opuesta.

Analizadas las constancias de la causa, lo cierto, claro y concreto es que, en primer término, la voluntad de la menor G.A.M. se hallaba afectada por haber sido intimidada y amenazada por el accionado conforme circunstancias que surgen de la causa penal, lo que implicó que quedara en suspenso el plazo prescriptivo y, en segundo lugar, se hallaba

impedida de obrar, dada su orfandad de representación como consecuencia del abandono de que fuera objeto por parte de su madre varios años antes, quien, si bien detentaba la patria potestad sobre aquella, no la ejercía.

En efecto, luego de ocurrido el abuso, la menor se hallaba gravemente atemorizada, al punto tal, que sólo ante la evidencia del nacimiento y la insistencia familiar para que revelara la identidad del padre biológico de ese hijo, y luego incluso de intentar ocultar la verdad al dar una identidad falsa de aquel, pudo decir que fue violada por el accionado, dando a conocer el hecho y su autoría.

Véase al respecto el informe social agregado a fs. 70-71 de la causa penal agregada por cuerda, en donde la asistente social pone de manifiesto, luego de la entrevista mantenida con la niña, que aquella "informa haber sido amenazada por C. para que no comentara con nadie lo sucedido....luego del abuso se mantuvo en silencio por vergüenza de lo ocurrido". En igual sentido la niña manifestó en oportunidad de ser interrogada en la audiencia de debate llevada a cabo en sede penal (fs. 193) que "Que no quería contarlo porque sentía temor ya que C. había manifestado que iba a denunciarlas..". En igual sentido declaró la otra menor que acompañó a G. a la casa del accionado el día del hecho permaneciendo afuera (Y.M.L.) quien a fs. 193 vta. expresó cómo C. las amenazó de muerte si hablaban.

Con anterioridad, el entonces Juez de Instrucción habilitado ya había considerado en la resolución de fs. 21 en donde ordenaba la detención del inculpado que la víctima no dio aviso de tal situación "porque la menor refería tener miedo".

Estas circunstancias, probadas una y otra vez si recorremos los considerandos de la sentencia recaída en sede penal, así como las declaraciones de los testigos, de la tía y la abuela de la menor, bastan por si mismas para entender que la niña de doce años severamente dañada por el abuso, se hallaba privada de toda posibilidad de exteriorizar el hecho y su autor, atento a las amenazas proferidas, así como la vergüenza y el temor provocado por el propio ilícito.

Este temor o miedo a recibir represalias fueron causa del silencio mantenido por la actora e impidieron el curso de la prescripción, por lo que la inactividad mantenida desde el día que ocurrió el hecho hasta la denuncia de fs. 01 del Expte. 51/2005, fue completamente involuntaria. Tan es así, que inmediatamente luego de que la menor pudo relatar el delito del que fue víctima, su abuela dedujo la correspondiente denuncia penal.

Vale recordar a este respecto que la prescripción debe integrarse, además del transcurso del tiempo, por un acto voluntario del titular del derecho que se manifiesta en una conducta omisiva o inacción, sometida a los principios que regulan los actos jurídicos, y en especial, a los que rigen los vicios de la voluntad; por ello, si el titular del derecho omite ejercer su acción por encontrarse viciada la misma, el acto omisivo es involuntario y no producirá la pérdida de la acción.

Cito al respecto jurisprudencia de la C.S.J. de la Provincia de Buenos Aires: "el supuesto jurídico de la prescripción se integra, además del transcurso del tiempo, por un acto voluntario del titular del derecho que se manifiesta en una conducta omisiva inacción". Y que "Esta circunstancia de inactividad (como acto voluntario lícito art. 898 del Código Civil) está sometida a los principios que rigen los vicios de la voluntad (arts. 897, 900, 921, 922 y conchs. del Cód. Civil) por lo que sólo puede imputársele a su autor responsabilizándolo por los efectos que acarrea si el mismo fue realizado voluntariamente, lo que supone discernimiento, intención y libertad (art. 897, Código Civil). -

En este sentido, queda claro que la menor no pudo emitir válidamente una declaración de voluntad de lo acontecido por hallarse afectada; tan es así que cuando pudo relatar el hecho, y previa tramitación de su guarda por la abuela, recién pudo ser formulada la pertinente denuncia.

Es más, entendiendo que dicho abuso fue claramente un acto prematuro por haber sido ejecutado sobre la sexualidad prístina de una niña, dada su corta edad (doce años y diez meses al momento del hecho) es presumible advertir el gravísimo efecto emocional causado, por lo que incluso no sabemos hasta qué punto la misma pudo comprender su

dimensión y alcance, atento al ocultamiento efectuado durante el embarazo.

Es sabido que en casos de delitos sexuales contra menores, en general las víctimas no cuentan con posibilidades reales de ejercer su derecho a denunciar, ya que una de las consecuencias del abuso sexual infantil es la negación y/o el olvido, por lo cuál es común que los menores develen la situación luego de alcanzar un cierto grado de madurez emocional. Precisamente en consideración a ello es que se ha dictado el pasado año la ley 26.705 para delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 in fine y 130 -2º y 3º párr- del C.P., extendiendo el comienzo del plazo de prescripción de la acción penal cuando la víctima fuere menor de edad, al momento en que ésta alcanza la mayoría de edad.

Si bien ello resulta ajeno a la materia civil, se debe tener en cuenta su ratio legis, cual es garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que no cuentan con capacidad procesal dentro del sistema penal por no haber alcanzado la mayoría de edad.

Luego, a la aludida voluntad viciada de la menor se adiciona el hecho de que, la madre de la niña, que es quien debía representarla legalmente, no ejercía, de hecho, la patria potestad sobre ésta por haberse desentendido de su existencia varios años antes, dejando su guarda a cargo de la abuela (cfr. declaración de la abuela a fs. 57 y de la propia madre a fs. 115 Expte. Penal).

Hago un paréntesis en torno a la circunstancia indicada, para mencionar que, coincidentemente, en el derecho comparado afín, dicha situación no surge de la casuística sino que ha sido expresamente prevista como causa autónoma de suspensión. Es lo que ocurre en el Código Civil de Perú, cuya normativa y previsiones en esta materia son muy similares a nuestra regulación, y prevé precisamente el supuesto bajo estudio, al incluir como primera causa de suspensión de prescripción de la acción: "1.- Cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales." (C.C. Libro VIII arts. 1989 y sgtes.).

Tan clara resulta la existencia del obstáculo al ejercicio de la acción antes señalado que, el día 19/01/05, para poder formular la denuncia penal, la abuela de la menor debió gestionar en forma previa una información sumaria de tenencia cuyo testimonio obra agregado en copia a fs. 58 del Expte. Penal.

Todo lo hasta aquí relatado, da cuenta de que la actora se hallaba verdaderamente imposibilitada en su voluntad para ejercer las pertinentes acciones legales, por lo que entiendo, la prescripción no ha operado y por ende no ha producido ningún efecto liberatorio. Más aún cuando dicho instituto resulta ser de interpretación restrictiva, por lo que los actos del titular de la pretensión resarcitoria deben ser valorados bajo dicho criterio, en tanto no comporten una irrazonabilidad en favor de la subsistencia del derecho.

Si el propio Código Civil, bajo la idea fuerza de la autonomía de la voluntad, reconoce que allí donde existen dificultades de hecho en el ejercicio del derecho de acción, existe también la facultad del magistrado de dispensar de las consecuencias de la prescripción (art.3980), cuanto más debe considerarse en autos la situación de hiposuficiencia en que se encontraba la menor protagonista.

Finalmente, y aunque huelgue decirlo, cabe aclarar que no ha operado la prescripción de la acción instaurada por la menor nacida a instancias del abuso, J.M.M., atento a que la misma comenzó su existencia en fecha 22 de septiembre de 2004, por lo que la demanda interpuesta en fecha 21 de septiembre de 2006, ha operado efecto interruptivo.

Entiendo a su vez que, cualquier criterio contrario al expuesto, conculcaría el Superior Interés del Niño, en cuanto desprotegería aspectos inherentes a esta tutela (Constitución Nacional arts.18, 75 inc.22; Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre XVIII; Convención de los Derechos del Niño arts.2, 3 .1, 3.2, 4, 5, 7.1, 8.1, 8.2, 9.1, 9.2, 12, 16, 18.2, 27.3, y 39; Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes arts.1, 2, 3, 7, 10, 11, 14, 17, 29, 33, 34, 35, 37, 39; C. C. arts. 265, 307).



Determinada la improcedencia de la defensa de prescripción, corresponde entonces analizar los rubros indemnizatorios peticionados, toda vez que ninguna duda existe respecto de la obligación del accionado de indemnizar a la menor, al hallarse debidamente acreditado que el mismo ha lesionado dolosamente derechos fundamentales de la misma, invadiendo su intimidad y su derecho a la libertad sexual.

Tengo en cuenta para ello que el delito penal generador del daño por el que C. fue condenado -abuso sexual con acceso carnal- constituye de por sí un ultraje, una afectación a la integridad psicofísica de la actora, quien resulta víctima directa y por consiguiente ampliamente habilitada para reclamar el daño material acaecido y el daño moral (arts. 1066, 1067, 1078, 1079, 1083, 1109 y cctes. del Cód. Civ), entendiendo que en este último caso, el daño moral surge "in re ipsa loquitur" es decir, sin necesidad de prueba alguna, pues el hecho en sí implica un grave quebrantamiento a la integridad espiritual de la víctima, una afectación a su equilibrio, a su tranquilidad y a sus afecciones legítimas más íntimas. Ello ha venido siendo sostenido en forma invariable por la doctrina y jurisprudencia, presumiendo este daño cuando se comprueban ofensas contra la intimidad, la privacidad, o la honra por el solo hecho de la conducta antijurídica.

Pero volviendo a la valoración del daño material, y teniendo a la vista el informe médico producido por el perito (fs.184-185) -inobjetado por las partes- tengo en cuenta que, a consecuencia de la violación, la menor ha sufrido en dicha oportunidad lesiones en sus órganos sexuales y una hemorragia posterior, que si bien no dejaron secuelas implicaron un desmedro físico que debió padecer injustamente. A su vez, con motivo del parto y la episiotomía practicada, sufrió una infección por la que debió permanecer internada más de una semana (ver historia clínica).

Debo igualmente considerar el grado de incapacidad estimado por el perito, el cual, según refiere el mismo, asciende al veinte por ciento (20%), lo que implica una disminución de sus aptitudes en dicha medida. Se suma a ello el resultado de la violación que fue un embarazo no deseado y completamente prematuro dada la edad de la menor, que

lógicamente produjo cambios físicos y fisiológicos en su cuerpo.

A su vez, producida la gestación y luego el nacimiento, es razonable considerar que ello demandó a la joven madre gastos en medicamentos, insumos, pañales etc., lo cual, sumado al hecho de que la actora era apenas una niña muy humilde sin posibilidad de procurarse su sustento dada su corta edad, y que debió acoger inesperadamente a un bebé sin los recursos necesarios para atenderlo, la sumió aún más en la pobreza.

Las necesidades a cubrir de su hija, como vestimenta, asistencia médica, comida y demás cuidados demandados para su crianza han generado erogaciones que la actora algún modo debió proveer, viéndose privada en consecuencia de un mayor bienestar, en definitiva, de mayores y mejores posibilidades dentro de su humilde realidad.

Es así que para satisfacer las carencias generadas, la joven madre debió realizar trabajos como empleada doméstica percibiendo una suma semanal de \$ 24 (véase al respecto los informes socio-ambientales realizados el 02 de marzo del año 2010, agregado a fs. 70-71 del Expte. Penal y el informe de fs. 172-174 de autos). Según consta en el mismo, la vivienda habitada por la menor, su hija y demás miembros de la familia (abuelos y tíos) es precaria, y según la asistente social "registra marcadas carencias materiales; los ingresos no llegan a cubrir las necesidades básicas de sus miembros".

Ello nos da la pauta del gran esfuerzo económico que debe haber implicado la inesperada llegada de un niño al seno de dicho núcleo, así como la certeza de que, en virtud del abuso y el resultado derivado del mismo, la menor se ha visto privada de tener una vida con menos restricciones económicas.

Tampoco podemos negar la influencia ejercida por el hecho dañoso en el mejor futuro que bien pudo tener G. y que vio frustrado a raíz de la violación y el nacimiento de su hijo. En efecto, la misma se vio obligada a dejar sus estudios secundarios a raíz del hecho, lo que coartó o dilató la posibilidad de obtener un mejor empleo e incluso de acceder a estudios terciarios. Las conclusiones emitidas en el citado

informe social así lo plasman: "La menor ha concluido el ciclo primario en Maimará y se encontraba cursando el 1er. año en el Colegio Secundario N° 2 en el año 2004 en calidad de interna en el Hogar de la Joven cuando se descubre el embarazo. Este hecho provocó el inmediato egreso de la institución y regreso al lugar de origen".

Dentro del daño patrimonial reclamado deben igualmente considerarse los gastos que deberá efectuar la menor en un tratamiento psicoterapéutico para 'compensar la sintomatología' de su incapacidad psicológica. Ello a decir del perito psicólogo en la ampliación de su informe a fs. 228-229 del Expte. principal, en donde estimó dicho costo a junio del año 2009, en la suma de nueve mil seiscientos pesos (\$ 9.600).

Todos los elementos señalados me llevan en consecuencia a considerar admisible el daño material reclamado. Aplicando las reglas de la sana crítica, y de conformidad a lo previsto por el art. 46 del CPC, estimo en tal sentido que la indemnización por los rubros señalados debe consistir en una suma integral y totalizadora, estimada a la fecha del presente pronunciamiento, en la que se considerarán incluidos los intereses desde el hecho hasta la sentencia, la que, conforme el prudente arbitrio y los parámetros señalados supra, fijo en la suma de CIEN MIL PESOS (\$ 100.000).

Ahora bien, como introducción al análisis del daño moral padecido por la menor abusada, cito palabras de un especialista en la materia, al sólo efecto de aproximarnos a entender su significación: "Escasos e incomparables son los casos en los que el daño moral es tan gravoso, donde se trastoca de tal forma el ámbito espiritual de la víctima que ésta se sentirá afectada durante toda su vida y en distintas aspectos sumamente importantes de ella, pues los casos de abuso sexual a temprana edad traen consecuencias luego no sólo en el ámbito sexual, sino también en lo social, en lo académico, etc." (conf. Michael Freedman, "El papel del abuso sexual en la infancia en la formación de síntomas psicosomáticos en el adulto: un caso ilustrativo").

En la presente causa advierto que se trata no sólo de la angustia, aflicción e intenso sufrimiento que trae aparejado a

cualquier persona el delito de abuso sexual en sí mismo, sino que en este caso, ello se ha visto agravado por tratarse de una niña menor de edad y más aún, por haber concebido un hijo a raíz del hecho, cuando la misma no se hallaba ni física ni psicológicamente preparada para dicha circunstancia, impensada para su edad (reitero, 12 años al momento del hecho).

De la pericia psicológica agregada a fs. 203-207 de autos se extraen algunas consideraciones en torno a la profunda huella que ha dejado el delito en el psiquismo de la menor.

El perito ha concluido que existen en G. "alteraciones psíquicas conforme la sintomatología de ansiedades generalizadas (dolor de pecho, mareos, inestabilidad emocional, irritabilidad, angustia y desesperación)", relatando que la misma "ha sufrido episodios depresivos, trastornos del sueño, con los elementos propios de un efecto post-traumático". Consigna igualmente que "a raíz del hecho de haber sido víctima de abuso sexual seguido de embarazo y parto" observó en ella una "baja de autoestima, impotencia, irritabilidad, baja tolerancia a la frustración etc.", lo cual implica que tales condiciones se hallan presentes en su personalidad luego y a consecuencia del hecho.

De la entrevista transcripta por el psicólogo, se extraen otros indicadores de los efectos provocados por la violación. Así, surge a fs. 205 que la menor ha tenido pesadillas y sueños recurrentes en torno al hecho, síntomas psicósomáticos, pensamientos suicidas, fantasías de que le ocurriera un accidente que la hiciera 'dejar de existir', en definitiva una gráfica descripción del deterioro emocional sufrido.

A ello se suman las circunstancias que debió vivenciar, como la adaptación a su nuevo estado y aceptación que debió hacer de su hija nacida del abuso, relatando que al principio, le costó atenderla porque cuando lloraba se "ponía a llorar con ella", lo que nos da la pauta del gran esfuerzo que implicó para aquella sobrellevar la situación y superar el rechazo por esa recién nacida que venturosamente pudo lograr.

Se advierte así que, claramente el embarazo y posterior maternidad no le han permitido a la actora desarrollar

adecuadamente las actividades esperables para su edad, teniendo además en cuenta que por ser madre soltera, vivir en un pueblo tan pequeño como Maimará y ser de público conocimiento las circunstancias en que su hija fue engendrada, la actora sufre una especie de minusvalía social que también la afecta y así lo relata la misma a fs. 203, mencionando el cambio de vida sufrido, así como a fs. 205 la idea de "irse de Maimará" con motivo del hecho y el estigma del que es portadora en dicha ciudad.

Este cuadro vivencial referido es de por sí revelador de la afectación a la estabilidad emocional y espiritual sufrida por la actora y consecuente entidad, magnitud y gravedad daño moral y psicológico padecido a consecuencia del hecho (art.1078 C.C.).

Téngase en cuenta que lo expuesto han sido meramente factores de ponderación para cuantificar el daño moral irrogado, toda vez que dictada la sentencia penal, el mismo surge 'in re ipsa'.

Así, corresponde valorar el mismo, aún a sabiendas de que ninguna suma será suficiente para colocar a la víctima en la misma situación que se encontraba con anterioridad al suceso, siendo de todas formas el único medio a nuestro alcance para intentar atenuar su sufrimiento. No debemos olvidar que la reparación, en cuanto fin de la responsabilidad civil, viene a cumplir dos funciones: recomponer, lógicamente de manera imperfecta, a partir de una indemnización económica, valores que han sufrido una ruptura, con la intención de aplacar el impacto del daño instalado en la persona; y en segundo término, garantizar la protección de los derechos que nacen de la Constitución Nacional. Se ha dicho al respecto "No se trata de compensar dolor con dinero, sino de otorgar al damnificado cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de su vida a fin de mitigar sus padecimientos" (conf. C.N.Civ., Sala F, "Riavec Carlos Pedro c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", del 04-02-00, publicado en El Derecho el 22-03-01).

De tal forma, reconozco la autonomía de las lesiones causadas a la estructura psicológica y emocional de la menor conforme se explicita supra, teniendo además en cuenta que

en función de las mismas, el perito psicólogo ha determinado a fs. 228-229 a la menor una "Incapacidad psicológica de grado III -Grave-", y la necesidad de un tratamiento psicológico, (cuyo costo ya ha sido tenido en cuenta en oportunidad de tratar el daño material) aunque puntualizando al respecto que dicho tratamiento sólo podrá 'compensar la sintomatología' y que no podrá "resolver las alteraciones, ya que el proceso traumático seguiría existiendo en el psiquismo de la menor.."

Sin perjuicio de ello y sólo a los efectos de cuantificar el monto del resarcimiento por el daño moral junto al psicológico, procederé a subsumir ambos daños, estimando, conforme a mi prudente arbitrio y reglas de la sana crítica que debe fijarse un monto integral en tales conceptos que se establece a la fecha del presente fallo con inclusión de los intereses devengados desde el hecho, arribando así a la suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS (\$ 150.00) en concepto de daño moral y psicológico.

Finalmente, corresponde abordar el reclamo del daño moral que se aduce sufrido por la hija menor de edad de la actora, J.M.M., quien nació como consecuencia del abuso, y, siendo negada la paternidad por parte del accionado, debió iniciar juicio de filiación en el que se determinó, luego de la prueba producida y análisis de ADN, la paternidad de aquel.

Es indudable que la falta de emplazamiento en el estado de hijo por no mediar reconocimiento voluntario, configura un hecho antijurídico y causa un daño moral que no requiere de especial prueba, desde que se trata de un daño derivado de ese mismo obrar.

La indeterminación del estado de familia altera el derecho personalísimo del niño a conocer el propio origen, a tener un nombre, a tener un padre, a no ser hijo de un desconocido, siendo un deber y no una facultad del progenitor. Tan es así, que el art. 3296 bis del C.C. incluye como causales de 'indignidad' para suceder la falta de reconocimiento voluntario durante la menor edad.

Acoto el daño a dicho alcance, aclarando que no comprende como en ocasiones se ha dicho, el resarcimiento por las

carencias afectivas, ya que comparto la opinión de quienes piensan que 'nadie puede ser obligado a querer', atento a que ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, sobre el cual el derecho no actúa, salvo que trascienda en determinadas conductas. Cito en tal sentido lo expresado por el Dr. Zannoni en cuanto insiste en que "el desamor, la carencia afectiva, la falta de apoyo espiritual", no son indemnizables, ya que se trata de "estados del espíritu, que no trascienden en categorías jurídicas".

En el sub-lite, el accionado, al margen de haber incumplido su deber de reconocimiento obligando a la menor a realizar pruebas de ADN y tramitar un proceso filiatorio, tuvo la aún más censurable actitud de pretender adjudicar el abuso y paternidad a uno de los tíos de la menor (cfr. declaraciones tomadas en sede penal).

A más de ello, su hija deberá cargar con las consecuencias de que su progenitor haya sido condenado por abuso y saber que la misma fue concebida por la fuerza, contra la voluntad de su madre, por entonces también menor de edad, circunstancias de por sí agravantes para una niña nacida en tales condiciones.

Se trata de un claro supuesto de 'daño injusto', sufrido a consecuencia de una conducta ilegítima, debiendo analizarse en este caso el fenómeno desde la menor dañada y no exclusivamente desde el dañador.

Ello tiene su basamento en el derecho constitucional y supranacional otorgado por la Convención de los Derechos del Niño; su derecho no sólo a conocer su realidad biológica sino a ser concebido sanamente y que su estado civil no sea incierto; en definitiva, un emplazamiento parental esperable desde su misma concepción.

Configura un menoscabo a su personalidad, tanto el hecho de ser una hija nacida de un delito cometido hacia su progenitora, como el rechazo inicial que debió experimentar de su propia madre hasta que aquella pudo aceptarla, tal como se referenció en los considerandos que anteceden, en oportunidad de relatar las circunstancias posteriores al nacimiento.

Hablamos en tal caso de un daño cierto, que existe "in re ipsa" y no requiere de una prueba directa; ello no podría ser de otra manera, pues, el mismo se inflige sobre el fuero interno de la menor afectada.

Al respecto corresponde efectuar una equitativa valoración de este detrimento, contemplando no sólo las repercusiones sufridas sino las que habrá de tener la menor con objetiva seguridad, desde que trata de consecuencias de un acto ilícito que aparecen desde ya "como la prolongación inevitable o previsible del daño actual ya sucedido". (cfr. Alfredo Orgaz, "El daño resarcible", Ed. Depalma Buenos Aires, 1967, pág. 68).

En función de lo expuesto, considero justo y razonable graduar el daño moral sufrido por la menor J.M.M. en la suma total y actual de CIEN MIL PESOS (\$ 100.000) calculada contemplando los intereses devengados hasta la fecha del presente pronunciamiento.

En conclusión, y de compartirse mi voto, corresponde hacer lugar a la demanda instaurada por G.A.M. (hoy mayor de edad) por si y en representación de su hija J.M.M. en contra de J. C., y condenar al mismo a abonar a la actora la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$ 250.000) en concepto de daño material y moral irrogado a la misma, con más la suma de CIEN MIL PESOS (\$ 100.000) a favor de su hija menor en reparación del agravio moral sufrida por ésta, todo ello atendiendo a las circunstancias expuestas en los considerandos que anteceden y valorando la condición personal de ambas de conformidad al prudente arbitrio judicial (art. 46 del C.P.C. y arts. 1077, 1078 y ccs. del C.Civil). Desde la fecha del presente pronunciamiento y hasta su efectivo pago, corresponderá aplicar a dichas sumas la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación Argentina, conforme lo establecido por el S.T.J. en el caso "Zamudio Silvia Z. c/ Achi Yolanda y otro (L.A. 54, Fº 673/678, Nº 235 de fecha 11/05/2011), con costas al accionado conforme lo dispuesto en el art.102 del C.P.C..

Corresponde consecuentemente, regular los honorarios profesionales del Dr. Pablo Martín Pullen Llermanos, Mario



R.A. Mallagray por la labor desarrollada en autos y de acuerdo al mérito, eficacia y naturaleza de la cuestión debatida (Arts. 2,4,6, 8 y 10 de la ley 1687) en la suma de VEINTIUN MIL PESOS (\$ 21.000), CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 49.000), y los del Dr. Jorge A. Vázquez en la suma de CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 49.000), montos a los que deberá adicionarse el I.V.A en caso de corresponder debiendo aplicarse, para el caso de incumplimiento, el interés correspondiente a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

Finalmente, se deben regular los honorarios de los peritos: Dr. José Causarano, Lic. Pablo David Fernández, y Asistente Social Angélica Amante en las sumas de DOS MIL PESOS (\$2.000), DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$2.500) Y MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 1.500) respectivamente, más I.V.A. en caso de corresponder, los que devengarán igual interés que el capital ante el incumplimiento.-

Así voto.

La Dra. Norma B. Issa dijo:

Luego de una amplia deliberación y exhaustivo análisis, comparto y adhiero al razonamiento efectuado en el que voto que antecede y sus fundamentos, tanto en la imputación de responsabilidad, valoración de los daños, fijación del quantum indemnizatorio y regulación de honorarios.-

Por ello, la SALA TERCERA DE LA CAMARA CIVIL Y COMERCIAL DE

LA PROVINCIA DE JUJUY,

- - - - - R E S U E L V E - - - - -  
- - - - -

1.- Hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por G.A.M. por si y en representación de su hija J.M.M. en contra de J. C. y condenar a éste último a abonar a la actora en concepto de indemnización, la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$ 250.000) con más la

suma de CIEN MIL PESOS (\$ 100.000) a favor de su hija menor de edad; ello en el plazo de diez días. En caso de incumplimiento, las sumas estipuladas devengarán hasta su efectivo pago, el interés correspondiente a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

3.- Imponer las costas al demandado vencido.

4.-Regular los honorarios profesionales de los Dres. Pablo Martín Pullen Llermanos, Mario R.A. Mallagray y Jorge A. Vázquez en las sumas de VEINTIUN MIL PESOS (\$ 21.000), CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 49.000), y CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 49.000) respectivamente, las que devengarán el mismo interés que el capital en caso de incumplimiento, debiendo adicionarse el I.V.A. en caso de corresponder.

5.- Regular los honorarios de los peritos: Dr. José Causarano, Lic. Pablo David Fernández, y Asistente Social Angélica Amante en las sumas de DOS MIL PESOS (\$2.000), DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$2.500) Y MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 1.500) respectivamente, más I.V.A. en caso de corresponder, los que devengarán igual interés que el capital ante el incumplimiento.-

6.-Notificar, agregar copia en autos, protocolizar, dar cuenta a los organismos de contralor, etc.

MH

////Constancia: La presente se firma por los dos vocales integrantes de la Sala conforme Acordada Nº 71/08 del Superior Tribunal de Justicia.-