Omisión de reconocimiento voluntario del hijo/a. ¿Posee la madre legitimación para reclamar daño moral iure proprio?

http://dpicuantico.com/area_diario/columna-de-opinion2-diario-dpi-suplemento-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-26-21-02-2017/?utm_source=emailmanager&utm_medium=email&utm_campaign=Diario_DPI_Martes

Por María Soledad Tagliani

I.- Introducción. II.- Legitimación para reclamar por las consecuencias no patrimoniales. III.- Legitimación de la madre para reclamar por las consecuencias no patrimoniales derivadas de la actitud renuente del padre a reconocer espontáneamente a su hijo/a. IV.- ¿Cuál es el escenario con el nuevo Código Civil? V.- Palabras de cierre.

I.- Introducción.

Con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), la doctrina y la jurisprudencia han admitido, sin discrepancias, la procedencia del resarcimiento de daños y perjuicios en favor del hijo/a no reconocido voluntariamente por su padre, supuesto que hoy se encuentra expresamente contemplado en el art. 587 del CCyC.

Sin embargo, las posturas no han sido unánimes en cuanto a la posibilidad de que la madre de esa persona pueda reclamar por derecho propio una indemnización por las consecuencias no patrimoniales —anteriormente denominado daño moral— que alegue haber sufrido a raíz de esa omisión de reconocimiento culposa o dolosa perpetrada por el padre.

Por eso, en las siguientes líneas nos proponemos analizar la legitimación de la madre para efectuar ese reclamo[1] tanto en el Código derogado como en la nueva legislación.

II.- Legitimación para reclamar por las consecuencias no patrimoniales[2].

Cabe recordar que por imperio del art. 1078 del Código Civil derogado —en su versión reformada por la Ley 17.711—, cuando el daño implicado es moral, la acción por indemnización sólo le corresponde al damnificado directo, y si del hecho resultare la muerte de la víctima "*únicamente tendrán acción los herederos forzosos*".

Esta solución fue muy criticada por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, principalmente en lo que hace a la limitación del resarcimiento del daño moral de los damnificados indirectos en los supuestos de muerte o lesiones graves de la víctima.

En razón de ello, se dictaron diversos pronunciamientos que reconocieron, por ejemplo, la reparación del daño moral del conviviente ante el fallecimiento de su pareja[3]; el daño moral padecido por la novia de un motociclista fallecido en un accidente de tránsito[4]; el daño moral padecido por el hermano de la víctima[5]; entre muchos otros.

Estas críticas fueron recogidas por el art. 1741 del nuevo Código, que no sólo amplió la legitimación de los damnificados indirectos para reclamar por las consecuencias no patrimoniales en los supuestos de muerte de la víctima, sino que además adicionó el supuesto de "gran discapacidad", estableciendo expresamente que "*(…) tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible*".

III.- Legitimación de la madre para reclamar por las consecuencias no patrimoniales derivadas de la actitud renuente del padre a reconocer espontáneamente a su hijo/a.

Hoy resulta incuestionable el derecho del hijo/a a reclamar las consecuencias no patrimoniales derivadas de la falta de reconocimiento paterno[6], situación que en la actualidad se encuentra expresamente prevista en el art. 587 del CCyC, que reconoce que el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable si se encuentran reunidos los requisitos de la responsabilidad civil.

Ahora bien, en lo que respecta al daño moral que la madre alegue haber sufrido *iure proprio* a raíz de esa omisión en el reconocimiento de su hijo/a, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que, en su calidad de damnificada indirecta, no se encuentra legitimada para reclamar en tanto el art. 1078 del Código de Vélez expresamente le veda esta posibilidad[7].

Esta fue la conclusión seguida por el voto mayoritario de la sala L de la Cámara Civil en 1994, al sostener, entre otras cosas, que "*(…) es el hijo quien resulta damnificado directo, y si bien la actora pudo haber padecido gran dolor por tener que afrontar sola el nacimiento del niño y por la negativa del demandado en asumir sus obligaciones, no puede dejar de advertirse que sólo quien se encuentra facultado para exigir una determinada conducta jurídica puede reclamar el daño moral que la violación de tal conducta le ha ocasionado*". Asimismo, se expresó que el hijo que reclama su filiación está legitimado para reclamar el daño moral que la abstención de su progenitor le ha causado, pero no es ésta la situación de la madre, quien invoca un daño propio como consecuencia de la conducta del padre hacia su hijo, colocándose en el lugar de damnificada indirecta[8].

Sin embargo, esa decisión contó con el voto en disidencia del Dr. Polak quien, por el contrario, consideró a la madre como damnificada directa y manifestó lo siguiente: "*(…) las lesiones sufridas por la actora atentaron al honor, al nombre, a la honestidad, a las afecciones legítimas y a la intimidad. Lo cual la hace acreedora a la indemnización que reclama*".

De un tiempo a esta parte, se han dictado algunos pronunciamientos que convirtieron en mayoritaria la postura del Dr. Polak expuesta precedentemente. Me refiero más precisamente a un fallo de la sala K del año 2013 y a otro muy reciente dictado por la sala L, donde tras considerar a la madre como damnificada directa, hicieron lugar al daño moral por ella reclamado[9].

Veamos los principales argumentos utilizados por ambas sentencias:

- Con cita de Gregorini Clusellas[10], los jueces refirieron que la madre y el niño pueden ser damnificados directos de distintos agravios. La madre "*soporta seguramente la humillación (a veces pública) de ver "negada" la paternidad de su hijo por el progenitor (…)*", circunstancia que brinda suficiente sustento a la existencia del daño moral por ella padecido (sala K y sala L).
- Se debe seguir un criterio amplio en cuanto a los damnificados no contemplados por el art. 1078 del Código Civil, fundado en el principio de reparación integral y en la prohibición general de no dañar a otro (sala K).
- Protección de los intereses simples (sala K).
- La falta de reconocimiento voluntario de su hijo le produjeron a la madre innegables padecimientos espirituales que tuvo que vivir ante el nacimiento "*no solo con la indiferencia del padre sino con su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en su entorno social. Todo ello y la humillación padecida por la mujer indican que ha sufrido un daño propio que debe ser resarcido*" (sala K).
- Trato discriminatorio a la actora como mujer (sala K y sala L).

- *"(…) el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación del hijo, obligó a la actora a asumir sola responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias –todas ellas– que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcir (…)*" (sala L).
- Flexibilización de la legitimación activa consagrada por el art. 1741 del nuevo Código y paradigma humanista de raigambre constitucional (sala L).

En este contexto y entrando en la valoración de los argumentos señalados, si bien coincidimos en cuanto a la existencia del sufrimiento que puede pesar sobre la madre ante la falta de reconocimiento de su hijo/a, adelantamos que no compartimos los fundamentos vertidos por las salas mencionadas, así como tampoco entendemos que, por ello, la madre sea una damnificada directa.

En primer lugar, disentimos con las salas referidas en cuanto a que el daño moral de la madre esté causado por la "*humillación*" o por "*repercusiones negativas en su entorno social*", ni por el rechazo expreso hacia ella, ni mucho menos que esa omisión en el reconocimiento junto con la negativa del padre respecto de la existencia de una relación amorosa o íntima con la madre, pueda constituir una discriminación hacia la mujer. Muy por el contrario, entendemos que estos argumentos lejos de beneficiar su posición la perjudican.

Sostener en la actualidad que una mujer pueda sentirse humillada o que pueda tener efectos sociales disvaliosos porque su hijo/a no fue reconocido/a voluntariamente por el padre, muestra a las claras una posición conservadora que no se condice con los tiempos en los que vivimos. Es más, en el contexto familiar actual, donde hablamos de "derecho de las familias"[11], resultan cada vez más comunes las familias monoparentales, entendidas como aquellas formadas por una persona que vive con uno/a o más hijos/as a su exclusivo cargo[12].

De este modo, algunas de las causas por las cuales se accede a la monoparentalidad está dada por mujeres solteras, especialmente adolescentes, con hijos/as nacidos de uniones sin convivencia donde muchas veces ni siquiera existe reconocimiento paterno; o por una mujer sola que recurre a técnicas de reproducción humana asistida[13].

Entonces, sostener —o más bien justificar— la existencia de un daño no patrimonial de la mujer por discriminación o por los efectos sociales adversos, en lugar de protegerla, la estigmatizan aún más, lo que revela una concepción machista en la valoración efectuada.

Es decir, afirmar la existencia de un perjuicio en virtud de una sociedad que supuestamente miraría con recelo a una mujer cuya pareja o compañero ocasional no reconociera a su hijo/a, implica una postura machista y conservadora en donde pareciera que la mujer solo alcanzaría la aceptación social con la anuencia del hombre.

Por otra parte, tampoco compartimos la afirmación sostenida por la sala L que justifica el resarcimiento, entre otras cosas, porque la madre debe asumir en soledad responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancia que le genera exceso de tareas[14]. En el contexto actual, ya no podemos hablar de responsabilidades que la "*naturaleza impone compartir*", pero además, de seguir este criterio, podría pensarse que una mujer sola que recurre a técnicas de reproducción humana asistida para ser madre tiene, desde el comienzo, una alteración disvaliosa de su espíritu, situación que resulta a todas luces descabellada.

En segundo lugar, y si bien consideramos razonable la existencia del padecimiento espiritual que puede pesar sobre la madre ante la falta de reconocimiento de su hijo,

entendemos que esta circunstancia encuentra su razón de ser en el sufrimiento de su descendiente ante la omisión de reconocimiento dolosa o culposa de su padre. Más concretamente, resulta atendible que la madre pueda sentirse lesionada en su espiritualidad al ver sufrir a su hijo/a.

Sin embargo, a nuestro entender esta circunstancia no la convierte en damnificada directa como lo sostuvo la Cámara Civil en los precedentes referidos, a los efectos de zanjar la limitación contenida en el ya derogado art. 1078 del Código Civil.

Sobre este punto, cabe recordar que se entiende por damnificado directo a quien sufre en calidad de víctima la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial propio; mientras que resulta damnificado indirecto, la persona que padece un daño propio derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero. En esta última circunstancia, el daño se produce en forma refleja o de "rebote"[15].
De este modo, entendemos que la madre que reclama *iure proprio* el daño moral que dice haber padecido por la falta de reconocimiento de su hijo/a, claramente es una damnificada indirecta ya que el daño que alega haber padecido lo es como consecuencia del sufrimiento padecido por su hijo/a ante la falta de reconocimiento de su padre. Se trata de un reflejo o "rebote" de la actitud antijurídica que el padre cometió contra su hijo/a al no cumplir con su deber de reconocerlo/a.
Desde este punto de vista, y de acuerdo a la letra del art. 1078 del Código de Vélez, no estaría legitimada para reclamar por derecho propio el daño moral que pudo haber padecido. De la única forma en que puede otorgarse una indemnización en esta situación es considerarla damnificada directa —que a nuestro juicio no lo es— o bien declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código de Vélez o del actual 1741 del CCyC —según la normativa aplicable al caso—.

IV.- ¿Cuál es el escenario con el nuevo Código Civil?
Como se dijo precedentemente, si bien la gran novedad introducida por el CCyC consiste en la ampliación de los damnificados indirectos para el reclamo de las consecuencias no patrimoniales, no sólo para el caso de muerte sino para el supuesto de "gran discapacidad" de la víctima, lo cierto es que la nueva legislación no adoptó un sistema completamente amplio en este sentido, ya que contempla la posibilidad del reclamo únicamente en casos de extrema gravedad.

El código resulta tan claro en esta materia, que en el art. 587 únicamente se refirió a la reparación del daño causado al hijo/a por la falta de reconocimiento, sin mencionar ni incluir a la madre en este supuesto. Por lo tanto, la nueva legislación mantiene la falta de legitimación activa de la madre, en tanto damnificada indirecta, para reclamar *iure proprio* las consecuencias no patrimoniales derivadas de la falta de reconocimiento de su hijo/a.
Es que una solución contraria, conduciría a admitir la procedencia del daño moral en infinidad de situaciones en las que alguno de los progenitores alegue sufrimientos por el incumplimiento de las obligaciones por parte del otro progenitor, situación que extendería indefinidamente el resarcimiento por daño moral a situaciones no previstas por la ley[16]. Así como también, podría autorizarse a cualquiera de los padres a reclamar daño moral frente a cualquier acto ilícito del que sea víctima su hijo/a y que, por vía refleja, les cause a un sufrimiento espiritual, como por ejemplo, las injurias cometidas por un tercero contra aquél[17].
V.- Palabras de cierre.
Todos coincidimos en que resulta razonable que una madre ante el sufrimiento de un hijo/a pueda tener un efecto disvalioso en su espíritu. La cuestión radica en determinar si esta circunstancia resulta o no indemnizable de acuerdo con nuestra legislación.

De este modo, si consideramos a la madre como damnificada indirecta, el nuevo Código resulta claro en cuanto a que continúa careciendo de legitimación para efectuar ese reclamo (art. 1741 del CCyC).

Desde otro punto de vista, si lo que se cuestiona es la constitucionalidad de la norma —ya sea del 1078 del Código de Vélez o del 1741 del CCyC— en función de la gravedad y entidad del daño que se alega padecer de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, deberá demostrarse concreta y categóricamente el agravio constitucional que resulta de la exclusión legitimatoria de la madre.

Ahora bien, nos interesa dejar en claro que, para el supuesto de que se la considere damnificada directa —como lo entendieron la sala K y la sala L de la Cámara Nacional en lo Civil—, y en consecuencia, se admita la indemnización de las consecuencias no patrimoniales padecidas por la madre, la argumentación debe, necesariamente, ser otra.

La constante evolución de la sociedad y el nuevo paradigma seguido por el CCyC, basado fundamentalmente en los principios de igualdad, desarrollo de la personalidad, la autonomía del sujeto familiar y la existencia de nuevos modelos de familia, impone un apartamiento de la mirada conservadora y machista acerca del rol de la mujer en la familia. Por lo tanto, en ese supuesto, se deberá acreditar la existencia y procedencia de esa afección extrapatrimonial en la esfera personal de la madre en su condición de persona, y no por la humillación supuestamente generada por la mirada social o por el exceso de tareas que tuvo que soportar ante la negativa del padre a reconocer a su hijo/a.

[1] El objeto de este trabajo se circunscribe únicamente al reclamo por las consecuencias no patrimoniales (daño moral) y no por daños materiales.

[2] Conforme lo dispuesto por el art. 1738 del CCyC, la indemnización comprende, entre otras cosas, las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida (antes denominado daño moral).

[3] C. 2ª Civ. y Com. de Mar del Plata, sala 2ª, R., S. E c. Bustos, Esteban, 23/11/2004, publicado en La Ley, cita online: AR/JUR/3516/2004;

[4] CNCiv, sala K, Botti, Adela Elena y otros c. Aguilar, Marcos Javier y otro, 23/10/2009, publicado en La Ley, cita online: AR/JUR/47232/2009;

[5] Sup. Tribunal de Corrientes, 3/10/2012, “Castillo, Francisco Arazai, Castillo Tita, Castillo, Francisca y Castillo Santa Agueda v. Juan Domingo López y/o empresa ERSA S.A. y/o Empresa Concesionaria de la línea 102 y/o dueño y/o guardián del colectivo urbano dominio EON 923 y/o Q. R. R. s/ daños y perjuicios”, http://www.juscorrientes.gov.ar/jurisprudencia/recientes/fallos.php, citado en Herrera, Marisa, Socioafectividad e Infancia: ¿De lo clásico a lo extravagante?, en *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Directora: Silvia Eugenia Fernández, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, pág. 992.

[6] El primer precedente fue dictado en el año 1988 por la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, criterio que fue ratificado al año siguiente por la CNCiv., sala F, R., E. N. y otro c. M., H. E.,19/10/1989, publicado en: La Ley 1990-A , 2, cita online: AR/JUR/11/1989.

[7] Postura sostenida por Sambrizzi, Perrino, Dutto, Arianna, Levy, Méndez Costa, entre otros.

[8] CNCiv, sala L, M., C. S. c. E. y L. F., C. M., 14/04/1994, publicado en LA LEY 1995-C, 407, cita online: AR/JUR/1922/1994.

[9] CNCiv., sala K, “O. E. M. y otro c/ P. A. O. s/ daños y perjuicios”, 14/6/2013 y CNCiv., sala L, “C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación”, 26/10/2016.

[10] Gregorini Clusellas, Eduardo, L., "*El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento*", publicado en: La Ley 1995-C, 405, cita online: AR/DOC/9388/2001.

[11] "*El Anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de "democratización de la familia", de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del "derecho de familia" al "derecho de las familias" en plural*", fundamentos del nuevo Código citados en Kemelmajer De Carlucci, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", publicado en: La Ley 08/10/2014, cita online: AR/DOC/3592/2014.

[12] Vela Sánchez, Antonio, "Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral", Granada, Comares, 2005, pág. XVI, citado en Kemelmajer De Carlucci, Aída, ob. cit.

[13] Kemelmajer De Carlucci, Aída, ob. cit.

[14] Con esto no quiero significar que el padre de la criatura deba desentenderse ni de los gastos generados durante el embarazo y el parto, ni mucho menos de sus obligaciones alimentarias. Estas situaciones corren por otro carril, y claramente, deben ser asumidas por ambos progenitores.

[15] Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral. Prevención/reparación/punición*, Hammurabi, 1996, págs. 208 y 209; Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ediar,1986, págs. 215 y 216; Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, T. 2 a, págs. 537 y ss.

[16] Del voto del Dr. Giardulli en CNCiv, sala L, M., C. S. c. E. y L. F., C. M., 14/04/1994, publicado en La LEY 1995-C, 407, cita online: AR/JUR/1922/1994.

[17] En este sentido, el nuevo Código ha derogado el art. 1080 del Código Civil que expresamente preveía esa posibilidad.