

Título: Daño moral de la madre y del hermano por abuso sexual cometido por el padre a sus hijas

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: RCyS2011-VI, 49

Cita: TR LALEY AR/DOC/1411/2011

Sumario: 1. Los hechos de la sentencia. — 2. La acción paterna constituye violencia sexual. — 3. Los límites de la legitimación activa para reclamar daño moral. — 4. Las soluciones doctrinarias. — 5. La irrazonabilidad de la limitación del art. 1078 del Código Civil en el caso. — 6. La gravedad del daño producida por el abuso paterno a sus hijas lesiona la integridad familiar. — 7. Conclusión.

1. Los hechos de la sentencia

El señor F estaba casado con la señora M, con quien tenía 3 hijos, dos mujeres y un varón.

La Señora M es una médica pediatra que al tiempo del matrimonio realizaba guardias hospitalarias.

Durante la vigencia del matrimonio enfermó el hermano de la Sra. M, por tal motivo su esposa -cuñada de F- se quedaba en el hospital a cuidar a su marido dejando a sus hijas en la casa de los tíos M y F.

Aprovechando la ausencia de los padres de sus sobrinas y la de su esposa, quien por ser médica hacía guardias en el hospital, el señor F sometió por un lado a abusos sexuales tanto a sus sobrinas como a amigas de sus sobrinas y por otro lado a toqueteos sexuales abusivos a sus dos hijas.

F fue condenado en sede penal por el abuso sexual reiterado en perjuicio de sus dos sobrinas y de la otra compañera de sus hijas y se lo sobreseyó con respecto a sus dos hijas por no encontrarse tipificada su conducta en el Código Penal.

El sobreseimiento penal paterno no impidió que la Justicia Civil de Azul considerara ilícita y aberrante la conducta del padre para con sus hijas menores a quien sometía a tocamientos, actitudes genitales y posturas impúdicas cuando dormía con las niñas, aprovechándose de la ausencia de la madre, que estaba trabajando haciendo guardias en el hospital y explotando la circunstancia que el hermano de su esposa - que luego falleció - se encontraba en grave estado y era cuidado por su cónyuge, por lo que F quedaba sólo en la casa, al cuidado de sus hijas y sobrinas, domicilio en el cual también solían pernoctar otras amiguitas de aquellas.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, condenó al padre a indemnizar el daño material y moral sufrido por las dos hijas mujeres, por su madre y por su hermano, por la conducta paterna.

Ninguna duda cabía de la legitimación de las víctimas del abuso sexual para reclamar la reparación, tanto de los perjuicios morales como de los materiales.

La cuestión más difícil era determinar si la madre y el hermano de las víctimas del abuso sexual cometido por el padre, resultaban legitimados para reclamar el daño moral ya que ellos, eran legitimados indirectos.

El Tribunal consideró que en el caso concreto, resultaba inconstitucional el artículo 1078 del Código Civil, en cuanto impide al damnificado indirecto, reclamar el daño extrapatrimonial, por ser en este especial supuesto, contrario a los derechos a la reparación íntegra, a la igualdad de la ley en idéntica circunstancias y a la tutela plena de la integridad psicofísica, artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, 75 inc.22 y concordantes de la Constitución Nacional.

2. La acción paterna constituye violencia sexual

La aberrante actitud cometida por el padre constituye un acto de violencia contra la mujer que encuadra dentro de lo dispuesto por artículo 4º Ley de Protección Integral a las Mujeres, Nº 26.485 (Adla, LXIX-B, 1057), que en su artículo 4to define la violencia diciendo: " Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal".

Por otra parte el artículo 5º de la misma ley establece. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, la violencia sexual. Entendiendo por tal a Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco" Se trata del uso abusivo e injusto de la sexualidad a través de la cual el adulto obtiene satisfacción sexual [\(1\)](#).

En el caso la violencia sexual es agravada porque fue ejercida contra las hijas menores, dependientes e inmaduras en cuanto a su desarrollo, a quienes el padre comprometió en actividades sexuales que las niñas no podían comprender plenamente y para los cuales eran incapaces de dar su consentimiento.

Cabe recordar que los mensajes violentos del abuso sexual, constituyen un "profundo y grave atentado a la integridad física y/o psicológica de las víctimas, y los podemos comparar con una "tentativa de asesinato moral" de los niños"⁽²⁾.

No se puede perder de vista que el abusador manipula y pervierte el vínculo familiar, y el abuso sexual resulta agravado por el hecho de que la propuesta proviene de aquel que "institucionalmente está colocado en la posición de señalar lo que está bien o lo que está mal"⁽³⁾. Las niñas estaban desprotegidas, y no tenían los elementos necesarios para comprender la sexualidad paterna, y se les impuso ser capaz en todo momento de responder a los deseos y exigencias de relaciones sexuales, ello mediante el silencio y el secreto.

En este contexto ninguna duda cabe que las víctimas directas de la conducta paterna tienen derecho a ser indemnizadas en el gravísimo daño moral que han sufrido, pero lo que ocurre es que la violencia sexual contra las hijas menores daña también a la madre y al hermano con gravísima intensidad. De allí que resulte apropiado preguntarse si estos pueden reclamar al violento la indemnización del daño moral sufrido.

3. Los límites de la legitimación activa para reclamar daño moral

El artículo 1078 del Código civil establece "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

El artículo transliterado establece como regla general que el legitimado para reclamar la indemnización por daño moral es damnificado directo, o sea, la persona sobre la que recayó el hecho dañoso; en otras palabras, quien sufre en calidad de víctima.

La norma también considera que en caso de muerte tienen legitimación para reclamar los herederos forzosos.

El sistema establecido por el artículo 1078 del Código Civil es doblemente restrictivo ya que durante la vida de la víctima del daño sólo puede reclamar la indemnización por el perjuicio moral sufrido la persona que lo sufre directamente y a su muerte sólo los damnificados directos ⁽⁴⁾.

Aplicando estrictamente el artículo 1078 del Código Civil, al caso en análisis, se debería rechazar la pretensión de la madre y del hermano de las víctimas de abuso sexual de ser indemnizadas en el daño moral sufrido por la agresión de su padre a las hijas menores., ya que madre y hermano son damnificados indirectos.

Sin embargo en doctrina y en jurisprudencia se han ensayado otras respuestas para salir del corsé limitatorio del artículo 1078 del Código Civil y permitir la indemnización a los legitimados indirectos próximos.

A continuación analizaremos estas posiciones para luego evaluar la postura seguida por el tribunal.

4. Las soluciones doctrinarias

4.1. Aplicación del artículo 1079.

Un sector de la doctrina entiende que se debe aplicar directamente el artículo 1079 del Código Civil porque fija la noción de daño injusto en general y condice armónicamente con el principio de indemnización integral.

No concordamos con tal interpretación porque nada impide que el legislador cierre la legitimación para un daño específico, como es el daño moral ⁽⁵⁾.

En este orden de ideas entendemos que el art. 1079 del Cód. Civil al establecer la legitimación de los damnificados indirectos se refiere a los daños patrimoniales -, razón por la cual el daño moral resulta desplazado de ese precepto y aprehendido en el art. 1078 del citado código.

4.2. Legitimación para accionar de la madre y hermano para accionar iure proprio

Otra postura parte de considerar que el daño moral de los integrantes de la familia son daños directos y no indirectos y que por lo tanto no se encuentran limitados por el artículo 1078 del Código Civil.

Esta posición fue sostenida por el Dr. Negri en su voto en minoría en la Suprema Corte de Bs. As. al decir que "Corresponde otorgar, con fundamento en el art. 1078 del Cód. Civil, una indemnización en concepto de daño moral a favor de los progenitores de un menor que quedó cuadripléjico por una mala praxis médica. Sostuvo que los padres estaban sufriendo por ellos mismos en los afectos de su paternidad lastimada por lo acontecido y, en ese sentido, son tan legitimados directos como su propio hijo ⁽⁶⁾.

Creemos que esta postura es incorrecta porque consideramos que la madre y el hermano son damnificados indirectos a raíz del hecho que generó el daño a las hijas.

La diferencia entre damnificados directos e indirectos deviene de en la forma en que el hecho dañoso los

afecta, en los segundos lo hace por vía de repercusión o reflejo, por mediar una conexión objetiva entre la situación de ese sujeto y la del damnificado directo, motivada en que el bien o interés de éste satisface también y de algún modo un bien o interés de aquél.

Entendemos que se está ante un damnificado indirecto cuando por causa de un acto dañoso quien no fue su víctima inmediata -directa- experimenta no obstante un daño propio en razón de su vinculación o relación con la víctima inmediata [\(7\)](#).

En verdad la madre y el hermano de las víctimas de abuso paterno son damnificados indirectos por el hecho de su relación paterno familiar con las niñas, y en principio su legitimación les está impedida por el art. 1078 del Código Civil.

4.3. La inconstitucionalidad del artículo 1078 en cuanto veda legitimación activa para demandar el daño moral como damnificados indirectos a la madre y al hermano de las víctimas de abuso paterno

En primer lugar queremos señalar que no predicamos la inconstitucionalidad en abstracto del límite impuesto por el artículo 1078 a los damnificados indirectos para reclamar el daño moral, sino sólo en concreto. Esta es la posición que se viene abriendo paso en la jurisprudencia argentina y es la adoptada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el año 2007 [\(8\)](#).

En segundo lugar debemos señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "Los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad sin que ello atente contra el principio de división de poderes, pues siendo legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo, carece de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí cuando no la hay [\(9\)](#).

Entrando en el análisis de la norma en cuestión, debemos hacer notar que el sistema argentino relativo a los legitimados para accionar por reclamo del daño moral es uno de los más restrictivos que existen en el derecho comparado y que la Corte Interamericana de Derechos es más amplia en su admisión de legitimados así ha reconocido el derecho a ser indemnizado a la tribu a la cual pertenecían las víctimas de hechos de tortura y asesinatos [\(10\)](#).

Debido a la estrechez del sistema desde hace más de 30 años en doctrina se propugna la ampliación de los legitimados para reclamar el daño moral. Ejemplo de ello fue lo recomendado por las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, en 1984, en el tema VI, punto VI (de lege ferenda), donde se aconsejó ampliar -en una futura reforma del Código Civil-, el ámbito de damnificados indirectos legitimados para el reclamo de la reparación del daño moral [\(11\)](#).

Esta solución se vio plasmada en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998 que define al damnificado indirecto como el "tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona", y se le reconoce legitimación para reclamar el daño extrapatrimonial al cónyuge, descendiente o ascendiente y a todos los que convivían con la víctima recibiendo un trato familiar ostensible, art. 1600, inc. d) y art. 1689.

4.4. El derecho a la reparación como derecho constitucional

En el análisis creemos que es necesario recordar que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el *alterum non laedere*, ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación [\(12\)](#). La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte [\(13\)](#).

Con independencia de ese sustento constitucional, el derecho a la reparación del daño se encuentra consagrada por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; contamos por de pronto con lo que estatuye el art. 21 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa". Paralelamente, el art. 5 del mismo cuerpo supralegal ampara el derecho a la integridad personal al expresar que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

En este orden de ideas el maestro Germán Bidart Campos sostenía que "el derecho privado se ocupa del llamado 'derecho de daños'. Constitucionalmente no es erróneo hablar de un derecho al resarcimiento y a la reparación del daño, e incluirlo entre los derechos implícitos; el artículo 17 lo ha previsto en materia de expropiación, y surge asimismo ahora del artículo 41 en materia ambiental, a más del caso específico de la reparación por el error judicial, que cuenta con normas en Tratados de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional" (conf. art. 10 de la Convención Americana) [\(14\)](#).; también ha adquirido jerarquía constitucional el derecho a la indemnización por las responsabilidades ulteriores cuando se ha afectado a una persona por medio de la prensa (art. 13 inc. 2 de la referida Convención). En suma a través de estas previsiones el derecho

de daños tiene rango constitucional.

5. La irrazonabilidad de la limitación del art. 1078 del Código Civil en el caso

Desde otra perspectiva igualmente es descalificable, para el caso, la solución que preconiza el art. 1078 del Código Civil, atento su irrazonabilidad, lo que conforma violación de lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución Nacional. El art. 14 de la Carta Magna dispone que los habitantes gozan de sus derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" y el art. 28 establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

"Se entiende por razonabilidad de las leyes la relación según la cual deben conformar medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución. Si carecen de aptitud para lograr el fin que se propuso esta última, pueden ser descalificadas por carentes de razonabilidad. Los medios adoptados han de ser rectamente apropiados en todas las circunstancias. La reglamentación legislativa no debe ser infundada o arbitraria sino justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Lo razonable en sentido jurídico político supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable, en fin, quiere decir lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores"[\(15\)](#).

Desde tal óptica vamos a analizar el fundamento de la limitación dada por el segundo párrafo del art. 1078 del Código Civil. Existe consenso en que el motivo por cual el legislador sólo otorgó legitimación activa al damnificado directo fue el tratar de evitar una "catarata de pleitos" que condujeran a la ruina del obligado. Sin embargo el temor sobre la posible ruina económica del obligado no impide la acción de los padres en tanto perjudicados indirectos en la esfera patrimonial ¿cuál es la razón seria y de equidad que sustente una disparidad de tratamiento respecto de los daños morales? [\(16\)](#).

Consideramos que no se distingue la racionalidad normativa que debe cuidar la coherencia del precepto con las normas constitucionales, pues la limitación asoma lesiva del principio de igualdad jurídica. De haberse querido marcar fronteras aun a costa de cercenar la integralidad reparatoria, una elemental consonancia reclamaba fijarlas para todo daño, ya fuera material o moral y no solamente para este último (arts. 1078, segundo párrafo, y 1079 del Código Civil; art. 16 de la Constitución Nacional). Tampoco la razonabilidad técnica que requiere una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos, en tanto restringir el ámbito de legitimados, en casos como el presente, no conduce al objetivo constitucional de la reparación plena caracterizado por la Corte. Finalmente no traduce una razonabilidad axiológica que exige una cuota básica de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas resultan inconstitucionales.

"La madre y el hermano poseen acción en la esfera patrimonial (art. 1079) por el abuso sexual cometido por el padre a sus hijas. ¿Porqué razón han de recibir un tratamiento distinto respecto del daño moral? En este orden, la preocupación de evitar la multiplicidad de demandas o cadena indiscriminada de reclamos ante un hecho dañoso no puede erigirse en pauta determinante que cercene el derecho constitucional. En todo caso serán los jueces quienes sabrán apreciar y afrontar ese posible desborde litigioso, constatando rigurosamente la reunión de los presupuestos necesarios para la admisión de la responsabilidad y ejercitando activamente sus atribuciones para marginar abusos (art. 1071 del C.C.), o en su caso morigerar equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, 2º párrafo, C.C.)"[\(17\)](#).

En síntesis, la limitación de la legitimación de la madre y el hermano como legitimados indirectos para demandar el daño moral en el supuesto de abuso sexual del padre a las hijas menores que afectaron la paz de todo el grupo familiar deviene inconstitucional porque violenta el derecho a la reparación integral del daño y vulnera el principio de igualdad al reconocer al legitimado indirecto la reparación del agravio material y no el del daño moral, lesiona el principio de protección integral a la familia de innegable base constitucional y supranacional y es arbitraria porque el fundamento de evitar la catarata de juicios no justifica en el caso concreto no reparar el incommensurable dolor de la madre y el hermano, que se advierte muchísimo mas en la esfera moral que en la material.

6. La gravedad del daño producida por el abuso paterno a sus hijas lesiona la integridad familiar

Hacemos hincapié en que en este caso, la gravedad del daño que padecieron las niñas al ser abusadas por su padre en una pequeña localidad, en forma conjunta con sus primas y otras amigas, repercute necesariamente sobre la madre y el hermano al haber alterado el desenvolvimiento cotidiano, obligándolos al abandono del hogar familiar a cambios constantes de vivienda, a vergüenza y exposición social, además de tener que dedicarle el tiempo propio a la asistencia de las niñas cruelmente abusadas por su padre. De tal manera, se les ha lesionado la integridad familiar, el vivir cotidiano, la libre y serena existencia, bienes jurídicos todos éstos que tienen fundamento constitucional: la protección integral de la familia contenida en el art. 14 bis, reforzada aún

más a partir de la reforma de 1994 con la incorporación de instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 6; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16.3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17.1).

Las víctimas secundarias (en el sub *discussio*, la madre y el hermano) vivencian un perjuicio (llamado "danno riflesso o di rimbalzo" en el Derecho italiano y "dommages par ricochet" en el Derecho francés), por la repercusión o reflejo de ese actuar contrario a derecho, habida cuenta de que existe una conexión objetiva entre su situación y la de las niñas violentadas sexualmente por el padre, quienes son las damnificadas directas en tanto titular del interés protegido por el derecho que ha sido lesionado por el acto antijurídico. Por otra parte la peculiaridad e importancia del daño impide el crecimiento de reclamos similares.

Añadimos todavía que el temor de extender la legitimación a los familiares de las víctimas -damnificados indirectos- desaparece si ante un daño injusto se individualiza a quienes serán las víctimas secundarias y en qué medida la lesión sufrida por la víctima primaria incidirá sobre la relación, hasta comprometer el desenvolvimiento cotidiano de la vida. Porque la reparación, en cuanto fin de la responsabilidad civil, al margen de garantizar la protección de los derechos que nacen de la Constitución Nacional, cumple la función de recomponer, lógicamente de manera imperfecta, a partir de una indemnización económica, valores que han sufrido una ruptura, con la intención de templar el impacto del daño que efectivamente se ha instalado en la estructura familiar (18).

Por último quiero señalar que si las niñas hubieran muerto por el abuso paterno la madre estaría legitimada para reclamar el daño moral, desde esta perspectiva, no parece justo entonces excluir la resarcibilidad del daño moral indirecto por el mero hecho de sobrevivir las víctimas, ya que los perjuicios ante el aberrante hecho pueden ser tan graves como en el caso de una muerte.

7. Conclusión

Sobre tales bases, juzgamos, acertada la decisión del tribunal de aceptar que la progenitora y el hermano de las menores deben ser indemnizados por la angustia y dolor que han sufrido por las aberrantes acciones de violencia sexual que el padre cometió contra sus hijas.

No cabe duda de la justicia de la resolución en el caso concreto, ya que de haberse denegado la reparación del daño moral a los familiares de las víctimas de violencia sexual se habría producido una imita denegación de justicia.

- (1) Ver definición de la OMS y Kempe en Barudy, Jorge, Op. cit. p. 161.
- (2) Barudy, Jorge, Op. cit. p. 37.
- (3) Grossman-Mesterman... Op. cit. p. 44.
- (4) El tratadista cordobés Daniel Pizarro enseña que "El sistema argentino es tan claro como restrictivo" (Pizarro, Ramón D., "Daño moral. Prevención, Reparación. Punición", 2º ed., Bs. As., Ed. Hammurabi, 2004, N° 36, p. 203.
- (5) Conf. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza 20/11/2006 DJ, 2007-I- 214).
- (6) "Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 16/05/2007 Partes: L. A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro.
- (7) Zannoni, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", p. 168.
- (8) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 16/05/2007, L. A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro, DJ, 2007-II, 453.
- (9) Corte Suprema de Justicia de la Nación 27/09/2001, Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes, DJ 2001-3, 807 - LA LEY 2001-F, 891.
- (10) Corte Interamericana de derechos Humanos, 10/9/1993, Caso "Aloeboetoe y otros s/reparaciones", ED, 159-653 con notas de Albanese, Susana, "Las obligaciones de los Estados; las reparaciones en el ámbito internacional", y de Costantino J., y Rosales Cuello, R., "La justicia trasnacional. La Corte Interamericana y el juego de las ocho coincidencias procesales".
- (11) (Conf. Tanzi, Silvia Y., y Humphreys, Ethel, Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo, LLBA, 2005-133 - RCyS, 2004-XI - DJ, 2005-1,188,. Benavente, María I., Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art. 1078 CCiv. es inconstitucional?, SJA 19/10/2005 - JA, 2005-IV-288)
- (12) Fallos: 308:1118, 1144, 1109; ED, 120-649)
- (13) Fallos: 283:213, 223.
- (14) Bidart Campos, Germán "Manual de la Constitución Reformada", t. II, Ediar 1997, p. 110.
- (15) Conf. Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Ed. Alfa, t. III, p. 355 y sgts.

(16) Zavala de González, M., "Daños a las personas" t. 2a, p. 564.

(17) Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires "C.L.A y otra c- Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y Otras s. Daños y Perjuicios 16-05-2007 publicada en El Dial.(Conf. J. D. Mendelewicz, La lesión a la integridad familiar Los damnificados indirectos de la víctima totalmente incapacitada, JA, 2006-I-1273; S. C. Bs. As., causa "L., A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro" del 16/05/2007).

(18) (Conf. J. D. Mendelewicz, op. y loc. cits.).