

## Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial Unificado

Graciela Medina

### I. Introducción y objetivos [arriba] -

El objeto del presente trabajo consiste en determinar si se aplican las normas de la responsabilidad civil a las relaciones familiares en general y especialmente a las derivadas del incumplimiento de los deberes matrimoniales.

Las profundas modificaciones producidas en el ámbito del Derecho de Familia por el Cód. Civ. y Comercial llevan a dudar sobre que doctrina y jurisprudencia construida durante la vigencia del Cód. Civ. son aplicables en el nuevo sistema jurídico familiar.

Entre las dudas que se presentan al jurista está la de saber si las reglas de la reparación de los daños injustamente producidos en el seno de la familia se solucionan con las normas de la responsabilidad civil del derecho privado o si por el contrario las reglas del derecho de familia son autosuficientes para reparar los perjuicios causados en el ámbito familiar.

Sabido es que tras más de 25 años desde que se dictara el primer fallo que hizo lugar a una demanda por daños y perjuicios en materia de derecho de familia, producido por la falta de reconocimiento de un hijo, la jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad por daños ocasionadas en el ámbito familiar por sus propios integrantes en todos los ámbitos; sobre todo en el divorcio, la falta de reconocimiento de hijos, la violencia doméstica y el impedimento de contacto con los hijos menores por parte del progenitor que tiene la custodia; mientras que la doctrina ha elaborado los requisitos que hacen procedentes las reparaciones por daños producidos en el seno de la familia por sus propios integrantes.[1]

La cuestión radica en determinar si esos antecedentes son válidos en la actualidad o si por el contrario tenemos que afirmar que en la familia no se aplica el sistema de la responsabilidad civil sino las respuestas del derecho de familia, y en consecuencia que se puede dañar sin reparar, o se puede lastimar faltando a los deberes morales impuestos por el matrimonio sin que sea necesario indemnizar a quien ha sufrido el daño causado con dolo o culpa, en aras de privilegiar la libertad personal sobre la responsabilidad por daños señalando simplemente que son deberes morales.[2]

Para dar respuesta a estos interrogantes hay que partir de valorar que el legislador ha optado por mantener el Derecho de Familia dentro del Cód. Civ. y Comercial Argentino, siguiendo una tradición patria y apartándose de la manera de legislar de algunos países latinoamericanos como el Salvador que legislan sobre el Derecho de Familia en un Código aparte.

En este aspecto es esclarecedor lo dicho por la Dra Kemelmajer de Carlucci quien fue uno de los miembros de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Comercial que afirma: "la reforma, a diferencia de otros sistemas de la legislación latinoamericana, conservó el Derecho de Familia dentro del Cód. Civ.; o sea, no sancionó un Código de Familia separado. Esta opción responde a la convicción de que el Derecho de Familia es Derecho privado, pues recae sobre relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas." [3]

El hecho que el Derecho de Familia se mantenga dentro del Cód. Civ. y Comercial es trascendente para dar respuesta al interrogante que motiva nuestro estudio, relativo a si se aplican las normas de la responsabilidad civil en las relaciones de familia.

Evidentemente que si el derecho de familia es parte del derecho civil y se regula en el Cód. Civ. y Comercial, se nutre de sus principios generales y es a estos principios generales a los que hay que acudir cuando se deben interpretar las normas.

Como uno de los principios básicos del derecho civil es el responder por el daño injustamente sufrido la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil

Sobre el tema de la interpretación de las normas el Cód. Civ. y Comercial establece en su art. 2° que La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento

De allí que para determinar si corresponde indemnizar los daños causados en el ámbito de la familia por sus integrantes hay que estar a los principios generales del derecho y también a los principios que rigen las relaciones de familia y a los principios de la responsabilidad civil.

Dentro de los principios generales del derecho tenemos el principio de no dañar que obliga a no dañar a otro.

Por su parte los principios del derecho de familia son el principio de igualdad, de libertad, de solidaridad, de responsabilidad y de interés superior del menor. [4]

Mientras que los principios del derecho de la responsabilidad civil son el principio de la prevención y el principio de la reparación [5], por el primero toda persona tiene el deber de evitar causar un daño no justificado y por el segundo toda persona tiene el deber de reparar el daño causado.

Interpretando coherentemente el principio de no dañar, los principios de responsabilidad civil y los principios del derecho de familia, debemos concluir que el actuar dañoso dentro de las especiales relaciones familiares obliga a la reparación del daño causado.

Es que las relaciones familiares tienen un especial contenido solidario y es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en ese ámbito íntimo donde más se puede dañar al otro, es por eso que no puede quedar sin indemnizar los daños causados por quien tenía la obligación de ayudar a desarrollar al otro y en su lugar produce un daño cuya gravedad debe ser apreciada justamente por haber sido provocada en el entorno familiar.

Valga aclarar que todo daño producido en el entorno de la familia es en principio más grave por el hecho de ser provocado en el ámbito familiar. Así una violación, que es siempre un hecho gravísimo, si es producida por quien en principio tenía la responsabilidad del menor o del incapaz, como si se produce entre esposos genera una lesión más profunda porque es producida por quien tenía una especial obligación de cuidado y no una mera obligación de no dañar.[6]

A fin de hacer especificaciones concretas sobre este tema tan basto determinaremos a que aspectos de las relaciones de familia nos vamos a dedicar en este estudio inicial.

## **II. Los aspectos internos y externos de la responsabilidad por daño y el derecho de Familia** [arriba] -

El tema de la responsabilidad y el Derecho de Familia tiene un “aspecto interno”, que hace a los hechos antijurídicos cometidos entre sus miembros, y un “aspecto externo”, que tiene relación con los terceros y la posición de una víctima o de un autor de un hecho ilícito en una relación de familia.

En el aspecto interno los temas que vamos a abordar con relación al Cód. Civ. y Comercial Unificado son los:[7]

1. Daños producidos por el divorcio.
2. Daños por la nulidad de matrimonio.
3. Daños producidos por la violencia doméstica.
4. Daños producidos por la ruptura de esponsales o de las uniones de hecho.

5. Daños producidos por la falta de reconocimiento de hijos.

6. Daños causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo.

Dentro del “aspecto externo” de la responsabilidad y el Derecho de Familia cobra importancia la posición de un integrante de una familia a los fines de la reparación de los daños; así, no es igual causar la muerte en un accidente de tránsito a un hombre soltero que a uno legalmente casado, ni a un conviviente, ni a un miembro de una pareja homosexual, ni a un guardador de hecho.

También dentro de la faz “externa” de la responsabilidad por daños y el Derecho de Familia corresponde el tratamiento del tema de la legitimación para accionar contra una persona diferente al autor del hecho ilícito cuando ésta forma parte de un grupo familiar en circunstancias determinadas. Lo normal en la esfera de la responsabilidad civil es que el autor del hecho ilícito sea quien responda, pero en determinados casos debe responder una persona diferente del dañador, como en el supuesto de la responsabilidad del empleador, del dueño de la cosa dañosa, del que se sirve de la actividad riesgosa, del estado o del asegurador. En el tema de nuestro estudio, la circunstancia de tener una posición determinada en un grupo familiar traslada la obligación de responder del autor del ilícito a otros miembros del grupo familiar, con diferente extensión.

En este aspecto abordaremos la responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos menores.

### III. Daños producidos en el matrimonio [arriba] -

En la actualidad se encuentra aceptado doctrinaria y jurisprudencialmente[8] la responsabilidad civil por los daños ocasionados por el divorcio.[9]. Así lo sostiene la doctrina especializada en el tema tanto en España, como en Uruguay[10] y Chile.[11].

Esta posición jurisprudencial y doctrinaria se receptó en el Proyecto de Cód. Civ. de 1998 que establecía en su art. 525.-"Daños. Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y extrapatrimoniales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños sólo es procedente en el mismo proceso de separación. Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables. En todos los casos se aplica el art. 1686".

El Cód. Civ. y Comercial Unificado en todo lo referido al derecho de familia se alejó del Proyecto de código de 1998, así establece un sistema de divorcio incausado y suprime el deber de fidelidad como deber jurídico limitándolo a un deber moral.[12]

Cabe preguntarse si corresponde seguir hablando de responsabilidad por daños derivados del divorcio en un sistema en el cual no se juzgan las culpas, el divorcio es incausado y los deberes personales de los cónyuges se encuentran limitados.

Por nuestra parte pensamos que siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil va a existir obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, ya que la infidelidad, la falta de asistencia y la violencia, si ocasionan daños deben dar lugar a una indemnización.

Por supuesto que también serán indemnizables todos los daños personales o patrimoniales producidos entre esposos aunque no deriven de faltas al deber de fidelidad.[13]

No impide lo antedicho que el deber de fidelidad no sea un deber jurídico porque el daño indemnizable no se limita al daño a un derecho subjetivo sino que se amplía a cualquier interés legítimo. En este sentido, el art. 1737 de Cód. Civ. y Comercial establece que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

De lo expuesto surge claramente que el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad, o al de asistencia, lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que constituye un daño resarcible que debe ser plenamente reparado.

Con respecto a la violencia de cualquier tipo que se suscite durante el matrimonio y que produzca un daño, indiscutiblemente debe ser reparada

Sobre el tema la jurisprudencia argentina venía sosteniendo que las injurias producidas durante el matrimonio debían tener una naturaleza muy punzante para que se admitiera que estos hechos provocaban daños.

En este aspecto, prácticamente se exigía una culpa grave para dar lugar a la reparación.

En el Cód. Civ. y Comercial se establecen reglas específicas de valoración de la conducta en el art. 1725 que dice: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

La norma anteriormente transcrita es la que deberá tenerse en consideración para determinar, si las conductas producidas durante el matrimonio, son susceptibles de reparación o no.

Lo importante es tener en cuenta que, aunque para solicitar el divorcio en el régimen del Cód. Civ. y Comercial, no hace falta probar las causas que producen el rompimiento de la vida en común, de todas maneras estas causas existen, ya que ninguna persona en su sano juicio se divorcia “porque si”. Siempre hay un motivo que desencadena el rompimiento del matrimonio, la cuestión está en determinar si esta razón es antijurídica, causa un daño resarcible, es producto de dolo o culpa y guarda una relación de causalidad adecuada.

En la determinación de los presupuestos de la responsabilidad civil hay que tener en cuenta que según el art. 1717, “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. Y ni la violencia verbal, ni la física, ni la psicológica, ni la infidelidad tienen justificativo alguno ya que lo justificado es el ejercicio regular de un derecho y no el abuso del derecho o la conducta dañosa. Es por ello que consideramos que, aún en un sistema de divorcio incausado, es posible reclamar la reparación de los daños producidos por conductas antijurídicas que pongan fin al matrimonio. Advertimos que la situación será más dificultosa ante el divorcio sin causa, porque en el proceso de daños y perjuicios habrá que probar la culpa, el dolo y el daño que en la actualidad surgen del proceso de divorcio.

Por otra parte, en el sistema vigente, el proceso de divorcio y el proceso de daños, normalmente se acumulan en un mismo expediente, mientras que en el sistema proyectado serán completamente independientes, por un lado porque el divorcio se desvincula de la culpa y por otra parte, porque el divorcio tiene un trámite específico en el que no tendría lugar una acción de reparación.

La culpabilidad o inocencia son indiferentes para obtener el divorcio vincular y adquirir una nueva aptitud nupcial, pero el ordenamiento jurídico no puede ni debe mantenerse indiferente a la hora de resarcir o reparar los daños producidos dolosamente o culposamente en el seno del matrimonio.

Cuando entre a regir el Cód. Civ. y Comercial, la única vía que les quedará a los cónyuges inocentes que han sufrido daños en el matrimonio, es accionar por responsabilidad civil, porque ésta será el único procedimiento en los que se indemnizará las consecuencias no patrimoniales de los daños sufridos.

En otro orden de ideas, si es la mujer quien sufra daños siempre le quedará la posibilidad de fundar su acción en la ley de protección integral de la mujer 26.485, que prevé la responsabilidad por daños y perjuicios de los actos derivados de la violencia de género.

En definitiva las razones porque procede la indemnización de los daños derivados del incumplimiento derivado de los deberes matrimoniales radica en que:

a. El matrimonio no puede ser un lugar donde se injurie y se lesione gratuitamente, muy por el contrario es un ámbito donde las personas se deben mayor respeto y es el lugar donde los cónyuges van a desarrollar su proyecto de vida en común. Su función es solidaria y no puede estar expuesta al embate de la violencia física o psicológica ni al desentendimiento de deberes morales[14]

b. El daño indemnizable se produce por la violación a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico y el interés por el cumplimiento del deber de fidelidad o el deber de asistencia no son intereses reprobados por el ordenamiento jurídico ( art. 1737 de CCC).

c. Las normas de derecho de familia tienen consecuencias indirectas para el incumplimiento de los deberes familiares, como por ejemplo la exclusión hereditaria conyugal para el cónyuge que viola el deber de convivencia, o la indignidad o revocación de donaciones por las conductas repudiables y ofensivas de un cónyuge al otro. Estos efectos indirectos no reparan el daño injustamente causado, por lo cual no son suficientes para la víctima.

d. Cuando el ordenamiento jurídico no quiere aplicar los principios generales de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares o cuasi familiares, lo dispone específicamente como en la responsabilidad por ruptura intempestiva de los esponsales. Cuando la letra de la ley nada dice corresponde aplicar las normas de la responsabilidad a todas las ramas del derecho privado, de la cual el derecho de familia es una parte, que solo se exime de su aplicación por disposiciones especiales como las contenidas en el art. 401 del Cód. Civ. y Com.

e. Que en la responsabilidad por falta de reconocimiento de hijos exista una norma de remisión expresa a la responsabilidad civil no excluye la aplicación de sus reglas a todos los supuestos de daños producidos entre los miembros de la familia en sus mutuas relaciones.

f. La violación al deber de asistencia entre los cónyuges contemplada en el art. 431 del Cód. Civ y Com., constituye un acto de violencia que puede ser: Física si produce dolor, daño o riesgo de producirlo; psicológica si causa daño emocional o disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o degrada, humilla, cause perjuicio a la salud psicológica del cónyuge: económica y patrimonial, si se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales del cónyuge a través del a limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna. El daño producido por la violencia generada por la falta al deber de asistencia, debe ser reparado siendo insuficiente el sistema jurídico familiar para indemnizarlo. Así ni el régimen de la pensión compensatoria, ni el sistema de alimentos post divorcio, ni los efectos indirectos del incumplimiento de los deberes familiares son suficientes para paliarlos.

g. La pensión compensatoria no basta para indemnizar el daño causado por la violencia producida por el incumplimiento de los deberes matrimoniales; ya que el objeto de la compensación es paliar el desequilibrio económico que el divorcio causa a uno de los cónyuges y no la reparación del daño causado. No se puede admitir que la pensión compensatoria repare el daño porque si no hay desequilibrio económico pero si daño la

compensación económica no prospera y el daño quedaría sin reparar, ello por cuanto la compensación económica no repara daños sino desequilibrios que son independientes de los daños.[15]

h. Los alimentos posteriores al divorcio tampoco son suficientes para indemnizar perjuicios ya que solo se dan en dos circunstancias: a favor del cónyuge que sufre una enfermedad preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse y a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad de procurárselos. En el primer caso se otorga para lograr el pago del tratamiento y recuperación con más la subsistencia del enfermo y en el segundo comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica conforme a la condición del que lo recibe en la medida de sus necesidades (art. 541 del Cód. Civ y Com.). En ninguno de los dos supuestos buscan, ni logran compensar el daño causado por lo que resultan insuficientes como remedio indemnizatorio además de tener una vigencia temporal limitada a la duración de años del matrimonio.

i. Por otra parte no convence el argumento que el interés de la paz familiar induce a evitar los litigios en los que se ventilen las culpas y errores que produzcan mayores males que bienes para un buen entendimiento entre quienes conforman la comunidad familiar. Es que el mantenimiento de la paz social se encuentra en la posibilidad de reparar los daños que un sujeto sufra, aunque tenga un vínculo matrimonial respecto de otro ya que el respeto al estado de derecho implica el respeto a los derechos de los ciudadanos, y nadie pierde esta calidad por ser miembro de una familia.

Los fundamentos del Cód. Civ. y Comercial no bastan para justificar la exclusión de la responsabilidad civil a los daños producidos por el incumplimiento de los deberes jurídicos del matrimonio. Así, si bien en los fundamentos del proyecto se lee “uno son los daños a las persona en cuanto tal (regidos por el derecho de la responsabilidad civil), otros los que se pretenden derivación del incumplimiento de los deberes conyugales, de alto contenido moral, y dejados, en consecuencia, fuera de la autoridad de los magistrados. Estos fundamentos no son ley y no fueron positivizados, además cuando ellos fueron escritos, los deberes derivados del matrimonio eran menos que los que el Cód. Civ. y Comercial incluyó, porque no estaban ni el deber de fidelidad, ni el deber de cohabitación.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci señala adecuadamente que corresponde indemnizar todo daño causado entre los integrantes de la familia porque el estado conyugal no sirve de soporte para convalidar la impune perpetración de delitos o cuasidelitos. Para esta autora se trata, entonces, de determinar si corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de deberes típicamente conyugales, cuales son, el deber de fidelidad, convivencia y asistencia. O sea, incumplimiento de deberes que no se tienen frente a cualquier persona sino sólo respecto del cónyuge[16].

La referida autora considera que el incumplimiento de los deberes matrimoniales no pueden ser indemnizados ahora como hace quince años, siendo así, resulta clara la imposibilidad de seguir la posición asumida hace quince años, cuando las pautas sociales eran otras, se mantenía la separación personal y el divorcio por causales contencioso-subjetivas con declaración de culpabilidad y, quizá, no se había delimitado correctamente el tema.



Por nuestra parte consideramos que el deber de asistencia, de alimentos y de cohabitación son deberes jurídicos que generan derechos recíprocos entre los cónyuges y que su violación, de causar daño, debe ser indemnizada conforme a las normas de la responsabilidad civil.

En cuanto a la fidelidad entendemos que si bien es un deber moral, de todas maneras, su incumplimiento, si genera daños, da lugar a reparación. Porque como ya hemos dicho, el daño no solo se produce cuando se viola un derecho subjetivo sino cuando se daña todo interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el fuerte contenido ético de este tipo de deberes no los priva de su carácter jurídico. Así lo ha entendido un sector de la doctrina española, que señala que “es cierto que este tipo de deberes tienen una naturaleza especial; su carácter moral se explica si se atiende al contenido del Derecho de Familia, pues en este caso, al igual que en otros, el Derecho se apropia de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Por supuesto que son de naturaleza personalísima y entran dentro de la esfera de libertad de cada cónyuge y de cada progenitor, por ello hay una imposibilidad práctica de su imposición coactiva directa por parte del Estado. Pero el hecho que no sea posible su coerción directa no les priva de su juridicidad; son obligaciones jurídicas y el familiar obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto, al menos como posibilidad inicial, al resarcimiento de los daños que cause. Son obligaciones legales sin carácter patrimonial pero desde luego su infracción puede producir un daño moral resarcible y, a veces, consecuencias económicas[17]”.

Estamos frente a verdaderos deberes jurídicos, dotados de un fuerte contenido ético o moral, que carecen de coercibilidad jurídica; pero que no obstante, su carácter ético o moral no le priva de su juridicidad y, viceversa, su carácter jurídico no le priva de ser considerado también como un deber moral o ético. En este sentido, reconocen que se tratan de deberes jurídicos incoercibles directamente, pero agregan que ello no les priva de su juridicidad, sino que al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica. Que en fin, el carácter jurídico de los deberes conyugales debería hoy estar fuera de discusión, si pretendemos mantener el matrimonio con su naturaleza de institución jurídica[18].

Cabe acá traer como ejemplo un caso que con ribetes similares se ha dado en el ordenamiento jurídico argentino, chileno[19] y español. Se trata del supuesto en el cual una mujer casada tiene relaciones extraconyugales y da a luz a tres hijos cuya paternidad atribuye al marido cuando en realidad eran hijos del amante. Tras la separación el marido se entera y presenta una demanda de daños y perjuicios contra su esposa reclamando la indemnización del daño moral sufrido.

En los tres países la jurisprudencia ha hecho lugar al reclamo de daño moral, es que las consecuencias de la infidelidad son tan graves que aún en países que no tienen la tradición que posee la Argentina de reparar los daños derivados del divorcio, han aceptado la indemnización por el perjuicio que el adulterio de la mujer le ocasionó al marido atribuyéndole hijos que no eran suyos[20].

Por último, cabe decir que la “especialidad” otorgada al Derecho de Familia para nada obsta la aplicación de los principios generales de la responsabilidad sino al contrario, los intereses axiológicamente superiores que el mismo protege se resguardan en tanto respondan civilmente quienes los lesionan, no obstante, el mensaje del respeto a la piedad familiar es un valladar que protege a la familia en cuanto a no alterar la situación de hecho[21].

#### **IV. Daños producidos por la violencia doméstica y de género [arriba] -**

Advertimos que día a día el número de casos de denuncia de violencia doméstica aumenta, mientras que el número de expedientes donde se solicita la reparación del daño es inexistente o irrelevante comparado con el de las denuncias de daños.

Creemos que algunos de los motivos por los cuales no se solicita la indemnización son: (i) los exiguos plazos de prescripción; (ii) el desconocimiento de que existen diversidad de legitimados contra quienes reclamar o, dicho de otra forma, que existen múltiples obligados a reparar; (iii) la relación de parentesco entre la víctima y el dañador; (iv) el convencimiento que el consentimiento quita ilicitud al acto; (v) la ignorancia que el daño actual es consecuencia de la violencia sufrida en otra época, y (vi) la limitación de los legitimados indirectos para reclamar daño moral.

En orden a la violencia doméstica, tres son los puntos importantes en el Cód. Civ. y Comercial, el primero es relativo a la prevención y el segundo, referente a la prescripción y el tercer el referido a la ampliación de los legitimados para reclamar.

Con respecto a la prevención, el art. 1710 establece que “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

En este sentido, frente a la violencia doméstica o de género cabe la acción preventiva cuando una acción u omisión antijurídica haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento y no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Si bien estas acciones preventivas se encuentran establecidas en todas las legislaciones provinciales de violencia, el hecho de haberla incorporado al Cód. Civ. y comercial, le da una mayor organicidad y uniformidad a su tratamiento, lo que indiscutiblemente contribuye a la eficacia.

La Ley de Protección Contra la Violencia Familiar, N° 24.417, establece la obligación de denunciar los hechos de violencia sobre menores, incapaces, ancianos o discapacitados a los servicios asistenciales, sociales o educativos públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor (art. 2°). Por otra parte, la Ley N° 26.061, establece la obligación de denunciar a todos los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, quienes deberán comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión (art. 31).

Por su lado, la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, N° 26.485, establece la obligación de denunciar los actos de violencia en el art. 18, que dice que las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.

Cabe preguntarse si los profesionales podrían negarse a denunciar amparándose en el secreto médico establecido en el art. 156 del Código Penal argentino, que sanciona la divulgación sin justa causa por parte del médico tratante de los secretos confiados por su paciente - relativos a su salud- o de cualquier dato médico obtenido por el profesional en el marco de la consulta y tratamiento con una sanción de tipo penal (art. 156 Código Penal argentino).

Por otra parte, el art. 177 del referido cuerpo legal establece que: “[...] tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.

Cabe señalar que el deber del médico de guardar el secreto profesional representa para el paciente la garantía de poder confiar detalles relativos a su vida íntima en relación a su salud con la seguridad de saber que lo que exprese en el marco de la relación médico-paciente no podrá ser divulgado, por este mandato tácito que referíamos al comenzar el estudio.

¿Por qué el profesional del arte de curar que debe guardar el secreto médico al mismo tiempo debe denunciar la violencia sexual o de cualquier otro tipo sufrido por las mujeres, los niños, los discapacitados y los ancianos?

Estamos convencidos de que la ley le impone a los médicos la obligación de denunciar este tipo de violencia porque la denuncia es el camino más idóneo para permitir visibilizar el problema que suele caracterizarse por dos fenómenos simultáneos: 1) la esfera de intimidad en la que se desarrollan los hechos de violencia y 2) la repetitividad de los hechos (por

acción u omisión) que lleva a cabo el violento hacia uno o varios de los integrantes del grupo familiar; y modo como se relacionan entre si entre sí, concluyen en muchos casos con la víctima de violencia muerta o -en el mejor de los casos- con lesiones severas, ya sea físicas o síquicas, con el agregado que implica reconocer que el autor de los hechos violentos resulta ser un miembro del grupo familiar con el que hay -o hubo en algún momento- un lazo basado en el afecto y el cariño.[22]

El otro aspecto en el cual el Cód. Civ. y Comercial innova, es el referente al plazo de prescripción, cuando se trate de abusos sexuales infligidas a personas incapaces. Sabido es que en éste momento, el plazo de prescripción corre contra los incapaces porque tienen representantes legales, lo que los coloca en un estado de indefensión cuando son sus representantes legales los que abusan de ellos.

En el Cód. Civ. y Comercial, se establecen plazos especiales de prescripción en este tipo de situación.

En el sistema del Cód. Civ., la prescripción corre contra todos los incapaces, incluidos los dementes. Es decir, que si un niño es agredido sexualmente por el conviviente de la madre, el plazo de prescripción corre contra el niño si tiene representante.

Contra los incapaces que tienen representación, la prescripción corre porque nada impide accionar al representante, que entre sus obligaciones tiene el deber de realizar actos conservatorios de los créditos del representado. Precisamente porque, por más incapaces que sean, sus representantes no lo son, es que la prescripción no se suspende contra este tipo de personas.

En el sistema del Cód. Civ. el pobre incapaz, si es que su representante dejó prescribir su crédito, no queda totalmente desprotegido: puede accionar por daños y perjuicios contra el tutor o curador negligente.

La prescripción también corre contra el otro grupo de incapaces, los que no tienen representantes. Esto es lo que claramente dice el art. 3966 del Cód. Civ.. A pesar de que comienza diciendo: "La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales...", luego dice que "Si carecieren de representación se aplicará lo dispuesto por el art. 3890". Es decir que, pese a que una primera lectura pareciera indicar que la prescripción sólo corre contra los que tuvieren representantes, lo cierto es que corre contra ambos tipos de incapaces.

El Cód. Civ. y Comercial establece en su art. 2561 que el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres (3) años y determina un plazo especial de prescripción para el reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces de diez (10) años, estableciendo que el cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad.

Si bien la ley sólo se refiere a los tutores y curadores, se ha entendido pacíficamente que la prescripción también se suspende hasta que legalmente concluye el vínculo de potestad. Esto implica que hasta los 18 años no corre el curso de la acción de prescripción por los daños producidos.

#### **V. Daños producidos por la ruptura de esponsales o de las uniones de hecho [arriba] -**

Con respecto a la ruptura de esponsales, el Cód. Civ. y Comercial niega completamente la posibilidad de reclamar daños y perjuicios porque el art. 401 establece: “Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera”.

Por nuestra parte consideramos que debió haberse mantenido la responsabilidad al daño al interés negativo, como está previsto para las tratativas precontractuales en el art. 991 del Cód. Civ. y Comercial.

No se justifica que en cualquier contrato, el rompimiento intempestivo e injustificado debe resarcirse y en los esponsales, el mismo daño no debe repararse.

Así, creemos que debió mantenerse la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios patrimoniales producidos por la ruptura dolosa del contrato de esponsales. Así por ejemplo, el novio que alienta a la novia a organizar una ceremonia de casamiento, comprar el traje de bodas, repartir las participaciones y el día antes de la fecha prevista o en el mismo día le comunica que no puede casarse porque ya es casado o que no quiere hacerlo para dañarla, debe responder al menos por las erogaciones realizadas en vista de la celebración del matrimonio que se frustró por su conducta dolosa, ya que éstos daños no se cubren con el enriquecimiento sin causa, porque si bien producen un empobrecimiento de la novia abandonada, no producen un correlativo enriquecimiento del novio abandonante que dé lugar a la figura del enriquecimiento sin causa.

#### **VI. Daños producidos por la falta de reconocimiento de hijos [arriba] -**

La cuestión central en este tema es determinar si los perjuicios originados por el no reconocimiento de un hijo extramatrimonial deben ser reparados.[23]

En este tema hay que tener en cuenta en primer lugar el derecho-deber constitucional de todo padre al cuidado y educación de los hijos, para posteriormente destacar el “reconocimiento” como un deber de los progenitores y no un mero acto de poder familiar. Para hacer lugar a la reparación debe existir una conducta ilícita constituida por el no reconocimiento que produzca un daño ya sea patrimonial o extrapatrimonial, cuyo factor de atribución es la culpa. A su vez, es necesaria la existencia de nexo causal entre el hecho y el daño.

Con relación al daño, cabe señalar que está provocado por la falta del derecho a la identidad, y sólo se debe desde que se tiene certeza de la paternidad.

El daño por el no reconocimiento voluntario de hijos fue el primer fallo dictado en el país de responsabilidad por daños derivados del derecho de familia[24]. Desde su dictado hasta el momento en la Argentina siempre se han acogido favorablemente las pretensiones de reparar este tipo de perjuicio, aún cuando no mediara texto expreso en el Cód. Civ..

Como algún sector de la doctrina dudaba de la procedencia de este tipo de acciones indemnizatorias, sosteniendo que el hijo puede iniciar las acciones llegado la mayoría de edad, que un inicio anterior impide que el padre lo reconozca espontáneamente, obstaculiza que se generen lazos de amor entre ellos y vulnera el verdadero interés del menor que está en "lograr en que el padre trate al hijo como tal", que realmente "repare su daño y su historia", y que estas acciones en lugar de favorecerlo, agudizan el conflicto, el Cód. Civ. y Comercial ha resuelto expresamente que la falta de reconocimiento de hijos genera el deber de reparar, así en el art. 587 se establece: "El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código".

Tras la lectura de la norma ninguna duda queda que la falta de reconocimientos da lugar a la acción de responsabilidad por daños, por lo cual será aplicable toda la doctrina y jurisprudencia existente hasta el momento.

Quizás en el único aspecto en los cuales habrá variación es en la responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la maternidad, ya que una de las obligaciones de la responsabilidad civil es la preventiva y, como ya señalamos anteriormente, toda persona tiene el deber, en cuanto a ella dependa de evitar causar un daño no justificado.

En el sistema que entrará a regir en el mes de agosto del año 2015, resulta claro que la madre tiene el deber de evitarle al hijo el daño por la falta de reconocimiento paterno.

Como señala el profesor Chile Carlos Pizarro Wilson "Una de las cuestiones más controvertidas en cuanto a los daños que puede reclamar el hijo cuyo reconocimiento no ha sido voluntario es la procedencia y cálculo del perjuicio material. Una primera aclaración en relación a este problema consiste en recordar el principio de reparación integral del daño vigente en la responsabilidad extracontractual. Como se sabe, el victimario o agente del daño debe reparar todo daño y nada más que el daño. Este principio permite aseverar que no existe un argumento ex ante para descartar la indemnización del daño material por rechazo al reconocimiento del hijo por el padre. ¿Pero qué daños materiales puede reclamar el hijo no reconocido? Una segunda aclaración para responder esta pregunta consiste en delimitar el ámbito de los alimentos de aquel de la indemnización de perjuicios. El cumplimiento de la obligación de alimentos es un hecho grave, cuyas sanciones están establecidas en la legislación.[25]

Según nuestra consideración el daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Estas pueden o no producirse; se producirán por ejemplo si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderoso que de haberlo reconocido le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales

Dentro del daño material también se ubica la pérdida de chance cuando el menor por el esfuerzo materno cubra sus, necesidades mínimas, pero la falta de reconocimiento le priva del aporte paterno que le hubiese dado la "chance" cierta de lograr una mejor asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos[26].

El hecho de que el otro progenitor, que lo reconoció voluntariamente y asumió sus deberes derivados de la patria potestad, haya satisfecho las necesidades básicas o con capacidad restringida del niño y que éste no haya sufrido privaciones no le quita al renuente sus obligaciones.[27]

Muchas veces se niega los daños materiales sufridos por el menor alegando que como el progenitor reconociente le suministro alimentos el niño no tuvo perjuicio. Esta negativa resulta injusta e injustificada porque nada tienen que ver los alimentos suministrados por uno de los padres con el daño sufrido por no haberlos recibido del otro, ya que por una lado la actitud antijurídica le priva de una chance cierta y por el otro paradójicamente el "cumplimiento del responsable libera al irresponsable"[28]

## **VII. Daños causados por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo** [arriba] -

El Cód. Civ. y Comercial de la Nación establece en su art. 555 que "Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias". Esta norma se complementa con el art. 557, que prevé: "El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas El Cód. Civ. y Comercial facilita alienta y protege las relaciones de los ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad, con los menores y las personas con capacidad restringida y en especial las relaciones de los nietos con los abuelos y sanciona desalienta y pena a quienes las impiden o a quienes las ejercen de manera abusiva.

Para favorecer y posibilitar las relaciones entre los ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad y fundamentalmente entre los niños y sus

abuelos el art. 555 del Cód. Civ. y Comercial dispone que quienes tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad.

La norma busca favorecer las relaciones entre los parientes al tiempo que trata de impedir que los niños se transformen en "trofeos" en la disputa entre los adultos, ya que muchas veces ocurre que el progenitor que tiene la custodia del niño quiera cortar los vínculos del menor con la familia de su otro progenitor y a veces con la propia e impida las relaciones entre los abuelos y los descendientes.

El régimen establecido por el Cód. Civ. y Comercial entiende que para el bienestar del menor es conveniente el contacto con sus mayores y con la familia extendida y es por ello obliga al padre que tiene la custodia a no impedir el contacto entre ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad y los menores y personas con discapacidad. (Artículo 557)

Por otra parte si los padres o personas que tienen la custodia impiden el acercamiento de ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad el juez debe imponer medidas para disuadir esta conducta negativa y lograr el cumplimiento eficaz de la ley, porque no se quiere un código lindo sino un código eficaz que sea útil al ciudadano y que no sea una mera expresión de deseos sino que propugne realidades que sirvan a los adultos mayores y a los menores de edad.

Si no obstante las medidas para asegurar el cumplimiento, se obstaculiza el derecho de comunicación, esto puede dar lugar a una acción de daños y perjuicios si se dan los presupuestos de la responsabilidad civil.

### **VIII. Responsabilidad por muerte del conviviente** [arriba] -

En primer lugar cabe señalar, que el Cód. Civ. y Comercial sustituye las denominaciones `concubino´ y `concubinato´ por `conviviente´ y `unión convivencial´.

En segundo lugar, debemos recordar que el art. 1078 del Cód. Civ. deniega legitimación al conviviente para reclamar daño moral por la muerte de su pareja.

En tercer lugar, corresponde tener en cuenta que son múltiples los fallos que han declarado la inconstitucionalidad de la norma.

El Cód. Civ. y Comercial otorga una mayor legitimación para reclamar las consecuencias no patrimoniales por la muerte o gran discapacidad del conviviente. En este aspecto, el art. 1741 del Código Proyecto establece: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o



sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Esta ampliación de la legitimación para reclamar el daño moral otorgada al concubino deviene del principio de igualdad, que es uno de los principios más importantes del Derecho de familia. En mérito a tal principio no pueden existir diferencias de derechos entre los distintos tipos de familia. Con anterioridad a la vigencia del Cód. Civ. y Comercial, subsistían grandes diferencias entre la familia matrimonial y la familia extramatrimonial, por ejemplo ante la muerte del conviviente el supérstite no podía reclamar daños y perjuicios por no ser heredero forzoso (art. 1078 del Cód. Civ.) por otra parte los miembros de un concubinato ( hoy denominado unión convivencial) no podían proteger su vivienda familiar mediante el régimen del bien de familia, ya que éste estaba destinada a la familia matrimonial y sólo los cónyuges la podían constituir. Esta diferencia también ha sido eliminada por el capítulo 3 de la Sección tercera del libro Primero que se refiere a Vivienda

#### **IX. La responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos menores** [arriba] -

El Cód. Civ. y Comercial establece un sistema absolutamente objetivo de responsabilidad paterna y suprime la posibilidad de los padres de liberarse de responsabilidad contenida en el art. 1116 del Cód. Civ. actual.

El art. 1754 establece que Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.

En el código sustituido se discutía sobre el fundamento. Así en un principio, los intérpretes, fieles al principio de la culpa, sostuvieron que los padres eran responsables por un factor subjetivo. Esta culpa podía ser in vigilando (Salvat-Bustamante Alsina), por no cuidar a los menores, o bien in educando (Aguar-Llambías-Cammarota), porque si los menores habían causado un daño, era porque no habían sido bien educados. En ambos casos se trataba de faltas personales de los padres.

Señala Edgardo López Herrera que “El Código exige para que el padre responda que los hijos se encuentren “bajo su responsabilidad parental”. Si el menor no se halla bajo la responsabilidad parental, el padre no tiene forma de controlar o supervisar el comportamiento y educación de su hijo.

“El principio es que el padre no responde cuando no tiene la responsabilidad parental de su hijo, como podrían ser los casos de privación de la responsabilidad parental (art. 700) y de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 702).”

Sin embargo esto tiene una limitación en el propio art. 1754 cuando dice que esa falta de convivencia no puede ser “atribuible”. Pizarro explica esto con claridad cuando dice si no fuere así “quien ha incurrido en las más groseras violaciones a los deberes que impone la patria potestad, a punto de haber sido privado de ella, quedaría en mejor situación que aquel que ha cumplido acabadamente con aquellos”.

Así, la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos cesa en los casos de ausencia con presunción de fallecimiento judicialmente declarada, porque es una causal de suspensión de la responsabilidad parental, según el art. 702 inc. a. Por otro lado si hay ausencia con presunción de fallecimiento tampoco existe el requisito de convivencia.”

Lo mismo es predicable para la incapacidad de uno de los progenitores, que en el Código es también causal de suspensión de la patria potestad (art. 702 inc. b). Concretamente el motivo es la “declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental”, lo que comprende tanto la incapacidad como la capacidad restringida (art. 31 y ss.). En esos casos puede haber convivencia, pero no hay ejercicio de la responsabilidad parental.”

Si el mayor de edad recibe alimentos hasta los 21 años (art. 658 y 662), o hasta los 25 (art. 662) porque estudia o se capacita y esto le impide mantenerse, los padres no son responsables, porque la responsabilidad parental ha cesado y el padre alimentante no tiene ninguna prerrogativa para controlar la conducta de su hijo.”

Otro ejemplo de la independencia de la responsabilidad por daños y la obligación alimentaria, es que esta última no se suspende durante la privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 704). En cambio la responsabilidad por daños cesa si el menor no está bajo la responsabilidad parental en los casos en que no sea atribuible.”[29]

En los Fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Comercial, puede leerse: “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la patria potestad que habitan con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos. Se receptan disposiciones previstas en los arts. 1658 y cc del Proyecto de 1998. En el art. 1587 del proyecto del 92, se incluía como eximente la prueba de la imposibilidad de evitar el daño, que se eliminó en el Proyecto de 1998. Si la responsabilidad paterna es objetiva, sería contradictorio que puedan probar los progenitores que aun habiendo colocado la máxima diligencia el hecho haya ocurrido, ya que precisamente la vigilancia es lo que debe primar. Es decir, los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito”.

Desde la doctrina, se advierte que la responsabilidad objetiva de los padres busca proteger a la víctima, no sólo brindándole una merecida reparación, sino que obliga a la toma de más medidas de prevención del daño que en la responsabilidad subjetiva. La responsabilidad objetiva del Proyecto significa que los padres vigilarán y educarán con sumo cuidado a sus hijos de manera de no tener que responder por ellos, sabiendo que prácticamente no hay escapatoria. [30]

La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la responsabilidad parental que habiten con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos, cuando se dé el caso. De esta manera, se resuelven ciertos aspectos que habían traído un debate doctrinario, fijándose con claridad la regla general, el factor de atribución, y las eximentes. [31]

En el Cód. Civ. y Comercial Comentado se mantiene la responsabilidad de los hijos en forma concurrente con la de los padres. Ello implica que la víctima del hecho ilícito cometido por un menor tiene acción directa contra el niño, situación que resulta relevante cuando el hijo tiene más bienes que el padre.

La diferencia es que si la acción se instaura contra el hijo y el padre la responsabilidad de los padres es solidaria y la de los hijos es meramente concurrente. La concurrencia tiene gran importancia en los efectos prácticos, por ejemplo si el plazo de prescripción fuera interrumpido contra alguno de los progenitores no se suspende contra el menor por virtud de la concurrencia de acuerdo a lo dispuesto en el (artículo 851 inc. d)

López Herrera en posición que compartimos explica que a diferencia del código actual que fija la responsabilidad personal y directa del menor a partir de los diez años, el proyecto nada dice. Sin embargo debe entenderse que el menor responde directamente a partir de los diez años y el padre tiene acción de regreso. Esto es así porque la capacidad para comprender hechos ilícitos se fija también en diez años (art. 261 inc. b). El régimen es igual, pero la verdad es que hubiera sido mejor que la ley lo dijera expresamente.[32]

El Cód. Civ. y Comercial Unificado no expresa claramente que los padres tienen una acción de regreso contra sus hijos como tampoco lo hacía el código de Velez, sin embargo esta posibilidad puede deducirse de lo dispuesto por el art. 851 inc H. que regula las obligaciones concurrentes y dice que "la acción de contribución del deudor que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originan la concurrencia".[33]

Cabe preguntarse si los progenitores pueden eximirse de responder en el nuevo sistema de la responsabilidad Civil.

A los padres se les permite eximirse de responsabilidad en los casos que prueben el caso fortuito. En efecto la norma dice que los padres se liberan "si acreditan que les ha sido

imposible evitar el daño", lo imposible es sin duda el "caso fortuito" esto es por otro lado lo que se explica en los fundamentos al decir "... los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito."

## **X. Reflexiones finales** [arriba] -

En el sistema del Código Unificado, el art. 1751 y 1756 establecen "Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes. El incumplimiento de las obligaciones de sujeto múltiple se rige por lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo 3, Título I de este Libro, y por las normas particulares a ellas"; "Los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo.

Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control".

Corresponde tener en cuenta que el tutor es responsable por los actos del menor desde el momento del discernimiento hasta la mayoría de edad. Ocupa el lugar del padre o la madre del menor y por eso la ley los equipara. La tutela comprende a los menores; la curatela, a los incapaces. Si hay más de un tutor (art. 105 Proyecto), ambos son responsables solidarios. La norma del art. 1756 solo menciona a los tutores, pero se entiende que se refiere solo al tutor que tiene la responsabilidad parental del menor (art. 104). Están excluidos de responsabilidad los tutores dativos (art. 107) o los tutores especiales (art. 109) pues no tienen responsabilidad parental sobre los menores sino que son designados por los conflictos de intereses que puede haber con sus progenitores.

La actual norma del art. 433 del código de Vélez que dice que los tutores son responsables de los daños causados por menores de diez años, desaparece porque no tiene ningún sentido y solo genera controversias. El tutor responde de todos los daños de su pupilo menor, tenga más o menos de diez años, con el solo límite de la mayoría de edad a los dieciocho años.

Respecto a los incapaces, si bien el Proyecto no lo dice, como tampoco lo hace el actual Cód. Civ., debe entenderse que se refiere solo a los curadores de insanos o dementes, que son quienes no pueden comprender la ilicitud de sus actos. Los demás incapaces o personas con capacidad restringida, como los pródigos (art. 48 Proyecto) responden por sus actos en forma personal, pues la curatela del prodigo es al solo efecto de la protección del patrimonio. Lo mismo vale para los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Si bien el Proyecto no menciona a ningún tipo de sordomudos, ninguna duda cabe que el que

no sabe escribir es una persona con capacidad restringida que necesitará un curador. Puede entenderse que están incluidos en el art. 32 segundo y tercer párrafo del Proyecto (53). Lo mismo vale para el curador de los penados (art. 12 C.Pen.) que solo tiene por finalidad velar por la administración y disposición de los bienes de quien cumple una pena.

## **XI. Conclusiones** [arriba] -

El Cód. Civ. y Comercial contempla las tres funciones de la responsabilidad civil —prevenir, reparar, resarcir—, asignándoles la misma jerarquía normativa. Sin embargo, la función resarcitoria reviste mayor importancia cuantitativa porque será de más frecuente aplicación en atención a su naturaleza (reparar, mediante una prestación, el daño sufrido).

Las tres funciones de la responsabilidad Civil están presentes en las relaciones de familia y quienes la integran tienen la obligación de prevenir, reparar y resarcir, los daños, sobre todos los que provienen del incumplimiento de los deberes familiares, ya que estos son la base de la familia.

En la actualidad la familia se basa en los principios del derecho de familia del desarrollo de la personalidad y de la autonomía del sujeto familiar, en la igualdad de los cónyuges, en la existencia de nuevos modelos de familia, lo que lleva al planteamiento de un modelo legislativo de familia como formación social que ante todo tutela los derechos de cada uno de sus miembros, desde la perspectiva de la persona como eje central de la disciplina jurídica de las relaciones familiares.[34]

Frente a la antigua visión de la familia que en muchos casos sacrificaba la personalidad de alguno de sus miembros, hoy existe una nueva concepción de la familia en la que el familiar, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales ni siquiera frente a los otros miembros de su familia”. El status familiar no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable[35].

Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a Ud. deber familiar. No pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar.

- [1] MEDINA, Graciela “ Daños en el Derecho de Familia “ segunda ed. Actualizada, ed Rubinzal y Culzoni 2012, BARBERO, Omar U., Daños y perjuicios derivados del divorcio, Bs. As., Editorial Astrea, 1977; BELLUSCIO, Augusto C., ZANNONI; Eduardo Y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Responsabilidad civil en el Derecho de Familia, Bs. As., Editorial Hammurabi, 1983; CECCHINI, Francisco C. Y SAUX, Edgardo I., Divorcio. Prejudicialidad y responsabilidad civil por daños entre cónyuges, Rosario, Editorial Zeus, 1991; DUTTO, Ricardo, Daños ocasionados en las relaciones de familia, Bs. As., Editorial Hammurabi, 2007; FERRER, Francisco, Daños resarcibles en el divorcio, Bs. As., Editorial Abeledo Perrot, 1997;
- [2] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida “La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños” en libro de” Responsabilidad Civil y Familia”, Coordinado por VARGAS ARAVENA David y LEPIN MOLINA, Cristian, Thomshon Reuters Chile, 2014, pag.221
- [3] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa en “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014” , ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 2014, T 1 pag.12
- [4] Sobre ellos cabe destacar que el principio de libertad puede ser ejercido mientras no se dañe a otro y que la libertad admite reglamentaciones de allí que la libertad matrimonial se traduce en la libertad de casarse o no casarse, pero una vez casados se deben respetar las obligaciones libremente asumidas.
- [5] Ver en el Título V del Libro tercero Otras fuentes de las Obligaciones, la sección 2° “ Función preventiva y función excesiva “y la sección 3° “Función resarcitoria
- [6] MEDINA, Graciela .” La responsabilidad por daños producidas por la violencia sexual y Familiar.” en libro de” Responsabilidad Civil y Familia”, Coordinado por VARGAS ARAVENA David y LEPIN MOLINA, Cristian, Thomshon Reuters Chile, 2014, pag.221
- [7] MEDINA, Graciela “ Daños en el Derecho de Familia “ segunda ed. Actualizada, ed Rubinzal y Culzoni 2012, Capítulo 1.
- [8] El Proyecto siguió al fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 10-12-94 que aprobó como doctrina legal (LA LEY 1994 E, 538) obligatoria para los Tribunales Nacionales: "en nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño extrapatrimonial ocasionado por el cónyuge culpable".
- [9] Sobre el tema en el Uruguay ver RAMOS, Beatriz, “ Daños originados en las relaciones de Familia: Situación de Uruguay” en libro de” Responsabilidad Civil y Familia”, Coordinado por VARGAS ARAVENA David y LEPIN MOLINA, Cristian, Thomshon Reuters Chile, 2014, pag.253
- [10] VAZ FERREIRA, Eduardo, “Daños y perjuicios derivados del divorcio culpable”, Anuario de Derecho Civil uruguayo, T. XVII, Fundación de Cultura Universitaria, p. 225. 4 RIVERO DE ARHANCET, Mabel, “Temas de interés vinculados al divorcio”, Anuario de Derecho Civil uruguayo, T. XVII, p. 258.
- [11] LEPIN MOLINA, Cristian Responsabilidad Civil en Las Relaciones de familia, en libro de” Responsabilidad Civil y Familia”, Coordinado por VARGAS ARAVENA David y LEPIN MOLINA, Cristian, Thomshon Reuters Chile, 2014, pag.397
- [12] Libro Segundo, Relaciones de Familia, Título primero Matrimonio, Capítulo 7, derechos y deberes de los cónyuges, ARTÍCULO 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la convivencia, la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca
- [13] SOLARI, Néstor, “Los daños en las relaciones de familia”, Rev. Derecho de Daños, Bs. As., Editorial Rubinzal-Culzoni, 2012-3, p. 540
- [14] Señala la distinguida jurista Uruguaya Beatriz Ramos “Con relación a los deberes, corresponde recordar su importancia en las relaciones de familia, ya que el cumplimiento de los mismos permite el funcionamiento y la existencia de la familia. Para comprender esto basta con imaginar una familia en la que sus integrantes no cumplan con sus deberes, por ejemplo que los padres no cuiden a sus hijos o éstos no atiendan a sus ascendientes ancianos

y necesitados.

Sin embargo, es posible observar que los deberes no han obtenido el mismo fortalecimiento que se les ha reconocido a los derechos en este último tiempo. Así, vemos que algunos deberes se van debilitando frente a un concomitante fortalecimiento de todos los derechos” RAMOS, Beatriz, “ Daños originados en las relaciones de Familia: Situación de Uruguay” en libro de” Responsabilidad Civil y Familia”, Coordinado por VARGAS ARAVENA David y LEPIN MOLINA, Cristian, Thomson Reuters Chile, 2014, pag.253

[15] La compensación económica tiene muchas semejanzas con la reparación de daños En realidad, se trata de una compensación y para el Diccionario de la Real Academia compensar es “dar una cosa en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”.La diferencia entre indemnizar y compensar reside únicamente en la extensión de la reparación. Mientras que la indemnización en nuestro derecho es plena y busca dejar “indemne” al sujeto pasivo e “indemne” es “libre o exento de daño”: de todo daño. La compensación tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo MEDINA, Graciela Compensación económica en el Proyecto de Código Publicado en: LA LEY 20/12/2012 , 1 • LA LEY 2013-A , 472 • DFyP 2013 (enero-febrero) , 3

[16] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “La eliminación del divorcio contencioso en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños. En “Responsabilidad Civil y de Familia”. Cristián LEPIN MOLINA (Director). Pág.201. Ed. La Ley. Año 2014.

[17] RODRÍGUEZ, Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales, Navarra, Editorial Thomson Reuters Civitas, 2009, Pág. 83-84

[18] Sentencia Corte de Apelaciones de Talca, 30 de agosto de 2012, Rol N° 133-2012. (David Vargas Aravena, Ponencia presentada a las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011).

[19] LEPIN MOLINA, Cristian “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”. Pág. 419. Ed. La Ley. Año 2014. Corte de Apelaciones de la Serena 03/04/2014, Roll., N° 507-2013.

[20] Fallo de la Audiencia Provincial de Valencia 02/11/2004 (Sección séptima, Número 597, Rollo 594/2004), comentado por MARIN GARCIA DE LEONARDO, Teresa “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en “Revista Arazandi de Derecho Patrimonial. Daños en el Derecho de Familia”. Ed. Thomson Arazandi. Pág. 176.

[21] DUTTO, Daños ocasionados en las relaciones de familia, Buenos Aires, Hammurabi, 2007., p. 37.

[22] González Magaña, Ignacio, “Los límites del secreto profesional frente a la obligación de denunciar que la Ley N° 24.417 impone a los profesionales de la salud”, RFDyP, mayo 2013, cita: IJ-LXVII-831, 8.05.2013

[23] BISCARO, Beatriz R., La falta de reconocimiento del hijo. ¿Es susceptible de generar daños materiales?, Suplemento del 6-10-2004, JA 2004-IV, 632 a 639. CASSANI, Daniel H., ¿Dos garantías en peligro? (nota a fallo), LA LEY 2002-E, 278. CHECHILE, Ana M., ¿Es posible accionar por daño moral cuando el padre extramatrimonial ha reconocido espontáneamente a su hijo?, JA 2001-III-612, COSTA, Patricia M., Andino Dorato, Jimena, Vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo, RDF 2002-22-146.

- DI LELLA, Pedro, Del daño moral por el no reconocimiento inculpable del hijo (nota a fallo), JA 1999-III, 499.

- FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa, Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación. ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?, JA 2004-III-392 - SJA 15/9/2004. Medina, Graciela, Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo. Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente, JA 1998-III, 1166; Prueba del daño por la falta de reconocimiento del hijo (visión jurisprudencial), número especial: La prueba del daño - I, en REVISTA DE DERECHO DE DAÑOS, Volumen: 4, 1999, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, págs. 111 a 129; Cuantificación del daño en materia de familia, en REVISTA DE DERECHO DE DAÑOS, Volumen:

2001-1, 2001, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, págs. 227 a 244; La paternidad matrimonial, extramatrimonial y el reconocimiento, JA 1993-II-996; Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas (El problema dentro del marco del derecho constitucional civil y del derecho comparado), JA 1995-IV-340; - Medina, Graciela, Guevara, Cynthia Y., Senra, María Laura, La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no siempre origina la obligación de reparar el daño moral: relación entre un leading case argentino y el derecho comparado (nota a falla), Suplemento 7, agosto 2005, en LA LEY BUENOS AIRES, Volumen: 2005, 2005, Buenos Aires, La Ley, págs. 766 a 781.

[24] El fallo es anterior a la reforma constitucional y se basa en los derechos implícitos contenidos en el art 33 de la Constitución Nacional. 1ra Instancia Civil y Comercial de San Isidro E.D 128-333 comentado por BIDART CAMPOS, Germán Paternidad matrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo. Aspecto constitucional”. En la actualidad ninguna duda queda del rango constitucional del derecho del niño a conocer su identidad biológica tras la reforma constitucional a las Convenciones de Derechos Humanos entre ellas las Convención de Derechos del Niño.

[25] PIZARRO Wilson “la responsabilidad Civil por no reconocimiento de hijo” en Libro de Responsabilidad Civil y Familia” pag. 299, ed. Thomson Reuters, 2015

[26] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I(SCMendoza)(Salal) 28/05/2004 , F., A. por su hijo menor c. C., S. , LLGran Cuyo 2004 (octubre), 884

[27] Solari, Néstor E. “ Filiación extramatrimonial deducida contra los sucesores del causante. Cuestiones surgidas en relación a los daños y perjuicios”: LLGranCuyo 2006 (agosto), 927 , comentando el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II ,CCivComyMineriaSanJuan)(Salall) ~ 2005/10/25 ~ N. H. E. c. P. R. M., P. M. S. y S. LL. Vda. de P. , en igual sentido en la doctrina y jurisprudencia italiana se admite la reparación del daño patrimonial por el menor nivel de vida que se tiene por la falta de alimentos. Pacia, Romana” Procreación y responsabilidad “ LLGran Cuyo 2006 (abril), 294, quien afirma No surge ningún problema con relación al daño patrimonial, ya que el incumplimiento de la obligación de alimento, que tiene contenido económico y que empieza desde el nacimiento, es causa de responsabilidad contractual y por consiguiente legitima el hijo –si es menor, representado por el otro progenitor y en defecto por un curador especial– a pedir la condena, no sólo a los alimentos para el futuro, sino también al resarcimiento de los daños; por la menor comodidad a la cual haya gozado en el pasado.

[28] Solari, Néstor E. “Daño moral del padre no reconociente ¿y el daño material?” LLNOA 2006 (agosto), 757

[29] Lopez Herrera, Edgardo Comentario al art. 1754 en el Código Civil Comentado Ed La Ley Dirigido por Medina- Rivera, Bs. As. 2013 pag. 1111.

[30] LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., "Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", RCyS2012-IX, 5.

[31] LLOVERAS, Nora – MONJO, Sebastián, "Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-E, 1078

[32] LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado Publicado en: RCyS 2012-IX , 5

[33] LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado Publicado en: RCyS 2012-IX , 5

[34] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, R.D.Patrimonial, 2003-1, número 10, pág. 69 quien añade: es fácil advertir que hoy no se identifica tanto la familia como una entidad unitaria, estructura familiar jerarquizada caracterizada por el dominio del pater familias, cuanto que se pone el acento sobre la autónoma individualidad de cada familiar en el interior del grupo. En particular la idea de la individualidad de cada cónyuge ha sustituido la antigua idea, típica sobre todo de los ordenamientos anglosajones, de la unidad de los cónyuges

[35] PATTI, S., “Famiglia e responsabilità civile”, Milano 1984, pág. 32 y ss. Respecto de la



incidencia de los principios constitucionales en la consideración positiva del resarcimiento de daños en la esfera del Derecho de familia puede verse más ampliamente FRACCON, A., “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno” en *Il diritto di famiglia e delle persone*, volumen xxx, enero-marzo 2001 pág. 367 y ss. Concretamente señala que en la familia como primera sociedad natural, están protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual. En la doctrina española defiende esta posición ROCA I TRÍAS, E., “Familia y cambio social”, (De la casa a la persona), Cívitas 1999, pág. 75.

Publicación: Revista de Derecho de Familia y Sucesiones

Número 5 - Septiembre 2015

Fecha: 07-09-2015 Cita: IJ-LXXX-322