

DAÑOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

Autor: Silvina María Chaín Molina *

Resumen:

De lege ferenda:

- *El Estado, donantes, progenitores e involucrados en la relación parental son solidariamente responsables por los daños psíquicos o desarrollo de conductas agresivas que puedan derivarse de la filiación por técnicas de reproducción asistida heteróloga o casos en que la fuente parental resulte múltiple. En tales casos, el derecho a la búsqueda de la identidad biológica como también la asistencia psicológica de personas nacidas como consecuencia de estas prácticas ha de proveerse gratuitamente por cualquiera de los mencionados obligados (Convención de los derechos del niño, arts 3, 8, 9 y 19). De este modo el derecho de los adultos no resta la asistencia a los menores.*
- *Se propone la admisión del resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los esponsales, para casos de especial gravedad.*

1. Ponencia.

La familia constituye el ámbito afectivo y amoroso en el que se desenvuelve el ser humano¹. La salvaguarda y permanencia de la institución de la familia, involucra para sus miembros el esfuerzo por generar cuidados, calidez y toda conducta tendiente a lograr el marco de contención y seguridad para afrontar las vivencias y trabajos diarios. Es el lugar en que se reparan las fuerzas y se ha de experimentar el amor. Por otra parte, los requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil enjuician cualquier conducta lesiva de los “derechos o intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico” en la “persona o patrimonio” de las personas (art 1737 CC y Com), lo que autoriza el reclamo del resarcimiento aún si estas conductas se realizan en la esfera de la propia familia. Sin embargo se ha considerado a la “pieta familiae”² como limitativa, en distintos supuestos, de la procedencia del reclamo del resarcimiento de daños. De todas maneras, para casos especialmente graves o injuriantes, se ha estimado procedente la aplicación de las normas y principios generales de la responsabilidad civil³. Si bien el propio ordenamiento puede prever supuestos específicos de procedencia del reclamo del resarcimiento en la esfera

* Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de la Plata). Escribana. Profesora Titular de Derecho Civil II –Obligaciones- U.C.S.E.- DASS.

¹ Alterini, A. A, Ameal O.J., López Cabana, R. M. “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”. Abeledo Perrot. Bs As. 1997, págs. 838 y ss.

² Ibidem, pág 838.

³ Pizarro-Vallespinos. “Obligaciones”. Hammurabi. Bs As. 2012, págs. 592 y ss.

familiar, éste no necesita de normas propias del derecho de familia dado que descansa en los cimientos de la responsabilidad aquiliana: el deber de no dañar a otro.

El nuevo Código Civil y Comercial estatuye un sistema de compensaciones (arts 441, 442, 428, 429 y 524) para el empobrecimiento y desequilibrios que pueda generar el divorcio, nulidad del matrimonio o la ruptura de la convivencia así como para el supuesto en que el empeoramiento de la situación tenga “*por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura*”. Este nuevo concepto, en opinión de la doctrina especializada, no constituye indemnización de daños. Esta posición halla sustento en que el nuevo ordenamiento, por un lado suprime la culpa como ingrediente del divorcio según el régimen del art 202 impuesto por ley 23515; y por otro, “acerca” el concepto de antijurisdicción y daño (arts 1717 y 1737 del ordenamiento actual), poniendo el interés de la víctima por encima de la culpa.

Pensamos sin embargo que estas compensaciones se superponen y obstarían los reclamos patrimoniales entre los cónyuges, privando los reclamos que por daño –también moral o psicológico-, puedan prosperar con base en el régimen de responsabilidad aquiliana, por actos graves y probados, que sean lesivos de los sentimientos, afectos honor, imagen o dignidad de la persona humana. Decimos esto último aun a sabiendas de que la procedencia del reclamo por daño moral no es materia pacífica en la doctrina⁴. Tomamos partido entonces por la improcedencia de los reclamos por daño en casos de divorcio y ruptura de la unión convivencial, por encontrarse compensado con las prestaciones del art 441/2 y por integrar el convenio regulador que ha de presentarse al juez (arts 438/9).

Para el caso de filiación por Técnicas de Fertilización Humana Asistida, se admite en el derecho comparado la responsabilidad del profesional médico cuando, por omitir el análisis del material genético aportado o donado, se gesta y nace un niño con deficiencias (en tal sentido vg. la ley española, noruega, sueca), lo que se encuadra en la responsabilidad profesional y resulta tangencial a la órbita familiar. En esta línea se ubican las demandas por omisión del cuidado y disposición de los embriones y la manipulación genética fetal que involucra a nuestro juicio, la

⁴ La indemnización de los daños –conforme a la tendencia general de la materia- ha adquirido en el Derecho de Familia un cariz objetivo en el nuevo Código Civil y Comercial. La impronta objetiva del divorcio y la ausencia de culpa de uno de los cónyuges como causas de imputación subjetiva del mismo, acarrea en el anterior sistema, sanciones en derecho sucesorio, revocación de las donaciones por ingratitud, obligación alimentaria y el derecho al resarcimiento del daño moral reconocido por un sector mayoritario de la doctrina y cuantiosos fallos jurisprudenciales (7/4/83: A.A. c/ M. de A. N. JA, 1983-III, 623). Esta línea de pensamiento atribuía el carácter de culpa aquiliana al resarcimiento moral y se apoyaba en la doctrina de los arts 1077, 1109, la atipicidad del ilícito civil que unido al daño, concede legitimación al perjudicado (Bustamante Alsina, Mosset Iturraspe, Belluscio, Mendez Costa, Kemelmajer de Carlucci, Rivero, Llambías). Sin embargo parte de la doctrina disientía de esta concesión, en el entendimiento que esta amplitud generaría una proliferación de divorcios interesados en estos reclamos económicos así como en la ilegitimidad de pretender cobrar el precio del honor lastimado (dra Borda en cita a Bibiloni: JA 1994-IV-549: G., G.G. c/ B. de G, S.M.”). Se han aducido como obstáculos al pretendido reconocimiento del resarcimiento moral, la imprecisión y la índole subjetiva que el ingrediente de la culpa suele tener en el divorcio, así como la difícil mensura de la misma por el magistrado y cuya única evidencia es en muchos casos la falta de amor (Escuti, Pizarro, López Aramburu, Achával, Kiper, Estévez, entre otros). Dres Pizarro-Vallespinos entienden que el daño resulta de la convivencia y no del divorcio, y resulta procedente en casos de gravedad con apoyo exclusivamente en los criterios generales de la responsabilidad civil y no así en principios especiales del derecho de familia que deducimos, entienden innecesarios (cita y adhesión al pensamiento de Zannoni , Grossman y Rinessi). Pizarro-Vallespinos. “Obligaciones”. Hammurabi. Bs As. 2012, págs. 592 y ss. Zannoni, Eduardo A., "Derecho de familia", 2a. ed., Bs. As., Astrea, 1989, t. 2, ps. 199 y ss., p. 731.

responsabilidad de los aportantes del material genético, médicos y establecimientos sanitarios en que se practiquen⁵.

Otro tema es el que nos ocupa por su relación con la responsabilidad en la familia, y se trata del daño psicológico que puede derivar al nacido por técnicas de fertilización heterólogas o procedimientos de maternidad subrogada —éste último en caso de ser admitido—, que generan al nacido la realidad inocultable de tener 4 o 5 progenitores, aunque por ley no pueda conocer ab initio su identidad o éstos no tengan el derecho de reconocer su paternidad⁶. Se ha dicho en este sentido que el siglo presente es en el que mayor desprotección tienen los niños por la incertidumbre e injusticias que genera el nuevo régimen filiatorio: manipulación genética, injusticias hacia el embrión que genera la filiación in vitro por la imprecisión de su suerte, descarte de embriones, experimentación con seres humanos, etc⁷.

El niño podría llegar así, a tener no menos de 5 padres: los que ejercen la voluntad parental, los aportantes del material genético, eventualmente la madre portante, los nuevos progenitores en caso de divorcio. Sigmund Freud⁸ resignifica el rol del padre, quien según su entender, introduce el corte en la identificación del niño y su madre, generando el sistema normativo que construye la autoridad. En este contexto de varios aportantes a la gestación, ¿quién hará el corte identificatorio del menor? Cuál asumirá el rol de padre en este contexto de posible pluralidad de padres? Cierta sector de la doctrina ya referido, no presenta como saludable la reserva de identidad de los donantes del material fecundante desde el punto de vista de la salud psíquica del niño. La legislación comparada tutela de manera diferente el sistema, con mayores resguardos del nascitur: veda las prácticas heterólogas, requiere certificación de salud física o mental, etc. De lo expuesto resulta para el dr Berbere Delgado que “el Estado, como custodio de un orden social, debe ocuparse de tomar las medidas necesarias para que se asegure la aptitud de quién pretende ocuparse del cuidado de un niño, apareciendo razonable que el Estado certifique que quienes críen al niño sean idóneos para cumplir con dicha función y responda por la suerte y el destino del menor. El Estado, en la medida en que ofrece solventar las técnicas, estaría en el lugar y el deber de acentuar el derecho del niño, en la medida de lo posible de optimizar el medio familiar y social en que se desarrolle su vida, es por ello que pregonamos y entendemos como lo más conveniente que tenga lazos paternos y maternos estables”⁹. Resume el autor que se ha de

⁵ Mazinghi, Jorge A.; El Derecho: “La reforma en materia de familia (1)”. Tomo 184, pág. 1501 y “La reforma en materia de familia (2)”. Tomo 184, pág. 1536.

⁶ Berbere Delgado, Jorge C. “El interés superior del niño como pauta de decisión en problemáticas relativas a la reproducción humana asistida”. Revista de Derecho de Familia y Sucesiones. Número 3 - Mayo 2014. 13-05-2014
Cita: IJ-LXXI-592.

⁷ Basset, Úrsula C. “Parentesco : Consideraciones generales. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012.”. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina. (2012). (<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/parentesco-consideraciones-generales-basset.pdf>. 29/8/2015).

⁸ Freud, Sigmund: “Obras completas” Tomo III Ed El Ateneo, Biblioteca Nueva Trad López Ballester – De Torres y otros. Bs As 2003, págs. 2701 y ss.

⁹ Berbere Delgado, Jorge C.: “Revista de Derecho de Familia y Sucesiones”. Número 3 - Mayo 2014- Cita: IJ-LXXI-592. Sostiene el autor que parecería indispensable evaluar si los requirentes tienen condiciones psicológicas de relación que les permitan criar a un niño, fundamentalmente sería tarea la de apartar la presencia de patologías mentales graves, entre otras circunstancias disvaliosas, esta motivación también tiene sustento en la realidad que nos circunda al observar frecuentemente a niños desamparados y desprotegidos, librados a su suerte sin la presencia de una madre o un padre que pueda brindarles la contención, protección y cuidado que hacen a ese interés superior tantas veces pregonado por todos. Se podrían implementar los recaudos que se exigen para el

acreditar la imposibilidad genética de procrear, apartando el criterio de la necesidad de un biologismo artificial en determinados casos, con el objeto de revalorizar la filiación natural y fundamentalmente la adoptiva, como expresión de amor, ello lo lleva a señalar, como otros lo han observado, que en el presente se ha puesto en competencia la adopción y la procreación a través de técnicas biomédicas de manera irrestricta, puesto que cuanto más requerimiento de las técnicas de reproducción asistida, se reduce de manera inversamente proporcional la respuesta a los niños que se encuentran en estado de adoptabilidad: “La adopción es un instituto mucho más feliz que la fecundación in vitro, mientras que en la procreación asistida medicamente se instala la lógica del contrato y de la creación de un niño a la carta, en la adopción el deseo de los padres da al mismo tiempo una respuesta de amor a un niño abandonado que ya existe”.

De lege lata:

- La compensación autorizada por los artículos 441 y 442 -para el caso de desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de la situación del cónyuge- reconoce causa adecuada no sólo en la *ruptura* del matrimonio sino también en el *vínculo matrimonial mismo* a tenor de la propia letra del art 441.
- Esta compensación se aplica igualmente al supuesto de nulidad matrimonial y unión convivencial (arts 428, 429 y 524 CC y Com.)
- La regulación de estas compensaciones hace improcedente el reclamo del daño por ruptura o por razón de estos vínculos, por encontrarse “compensado”, con las prestaciones del art 441/2, toda vez que además estas propuestas han de presentarse al juez como rubro del convenio regulador, instancia en la que ha de poder evaluarse su suficiencia.
- Independientemente de ello, en el caso de nulidad matrimonial, el nuevo ordenamiento confiere acción para reclamar los daños y perjuicios al cónyuge de buena fe. La legitimación pasiva abarca al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia (art. 429 inc c) en cuyo caso habrá que evitar la superposición de la reparación,
- El art 401 niega el resarcimiento de daños por ruptura de la promesa de matrimonio aunque autoriza la acción por enriquecimiento sin causa o restitución de donaciones.
- El art 587 prevee expresamente la reparación del daño causado al hijo por la falta de reconocimiento reunidos los requisitos de la responsabilidad civil. Esta acción no legitima a la madre del hijo en cuestión, legitimación que ha de considerarse de interpretación restrictiva.
- El incumplimiento por parte de los progenitores, de los deberes de alimentación y del régimen de visitas autoriza el reclamo de los daños (art 9 Convención de los Derechos del Niño).
- Las demandas por omisión del cuidado y disposición de los embriones y la manipulación genética fetal involucra la responsabilidad de los aportantes del material genético, médicos y establecimientos sanitarios en que se practiquen conforme a la normativa específica en caso de negligencia, imprudencia o dolo.

otorgamiento de un niño en adopción, por ejemplo, descartar antecedentes penales, en especial atención a lo que se vinculan con niños, asegurar un medio ambiente de crianza que satisfaga los intereses de los niños y al menos como elemento indicativo que ese entorno sea estable o sostenible en el tiempo, todo ello lleva a establecer la idoneidad personal, que se uniría con la optimización del contexto en que el niño será criado.

De lege ferenda:

- El Estado, donantes, progenitores e involucrados en la relación parental son solidariamente responsables por los daños psíquicos o desarrollo de conductas agresivas que puedan derivarse de la filiación por técnicas de reproducción asistida heteróloga o casos en que la fuente parental resulte múltiple. En tales casos, el derecho a la búsqueda de la identidad biológica como también la asistencia psicológica de personas nacidas como consecuencia de estas prácticas ha de proveerse gratuitamente por cualquiera de los mencionados obligados (Convención de los derechos del niño, arts 3, 8, 9 y 19). De este modo el derecho de los adultos no resta la asistencia a los menores.
- Se propone la admisión del resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los esponsales, para casos de especial gravedad.