

Comisión N° 3, Daños: “Daños derivados de las relaciones de familia”.

## **LOS DAÑOS ENTRE FAMILIARES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL:**

**Autor:** Sergio Manuel Bertero \*

### **Resumen:**

*Es procedente el reclamo de daños derivados del ejercicio de la responsabilidad parental por los actos habilitados al adolescente entre los 13 y 16 años y respecto a la paternidad de los menores.*

*Existe responsabilidad de los padres por transmisión de enfermedades derivadas de la procreación natural y a raíz del manejo o experimentación genética. En el segundo caso el factor de atribución es el riesgo y debe responder el laboratorio o centro científico que llevó adelante los estudios. Media responsabilidad a los padres en los casos de transmisión genética en caso de obrar culposo, desentendido de las implicancias del procedimiento. Deben ser enfermedades realmente graves, terminales o que afectan seriamente una vida digna.*

*El motivo o causal de divorcio no amerita una acción de daños, salvo cuando ha sido utilizado para producir un detrimento innecesario y de suficiente entidad en la persona del otro cónyuge.*

### **1. Responsabilidad civil en el ámbito familiar:**

El Código Civil y Comercial ha modificado sustancialmente aspectos centrales del derecho de familia: el divorcio, las normas sobre capacidad, y lo atinente a la responsabilidad parental, entre otros liminares aspectos. En tal orden, las nuevas normas priorizan el derecho a la individualidad decisoria a partir de la flexibilización de determinados aspectos, como ser, por ejemplo, la eliminación de las causales del divorcio.

Desde antaño ha existido un debate sobre la procedencia de acciones judiciales entre familiares. Según una corriente de opinión, la idea de admitir acciones o reclamos judiciales entre familiares se contraponen con los fines esenciales de la familia como institución social y jurídica.

Otra vertiente autoral y jurisprudencial, en cambio, admitió tales acciones, con fundamento esencial en el “alterum non laedere” juntamente con la evolución conceptual de la responsabilidad civil, principalmente desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días.

Compartimos ésta última concepción, a partir del derecho de todo ser humano a la retribución de todo menoscabo injustamente sufrido, y sobre la base de un concepto

---

\* Profesor Titular de las Cátedras de “Responsabilidad Civil” y “Contratos”, y Adjunto de “Derecho de las Obligaciones”, de la Delegación Ushuaia (Tierra del Fuego) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales – UCES-.

amplio de antijuridicidad, esto es, como un obrar contrario no sólo a la norma escrita, sino también a la moral, las buenas costumbres, e inclusive en contraposición a los principios generales del derecho. Se trata de la antijuridicidad material, de clara preeminencia en los tiempos presentes.

En el orden señalado, corresponde tener presente que si corresponde dar cabal recepción al principio según el cual nadie debe soportar un daño injustamente sufrido, tal axioma se profundiza en las relaciones de familia, en donde la alteridad y el respeto adquieren especial relevancia en orden a la prevalencia y profundidad de los vínculos familiares.

La penetración del derecho de daños en el Derecho de Familia se da en diversos supuestos: daño resultante de las causales de divorcio, daño causado por el progenitor al no haber reconocido a su hijo extramatrimonial; daño por el contagio de enfermedades de un cónyuge al otro; daño por la transmisión de enfermedades en la concepción o su contagio durante la gestación, entre otros.

## **2. Responsabilidad parental. Autonomía progresiva del ejercicio de los derechos de los menores:**

Es de relevancia la autonomía otorgada a los menores entre 13 y 16 años. Cabe recordar que para el nuevo código es menor de edad quien no ha cumplido 18 años, en tanto se denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió 13 años. Al respecto, el artículo 26 establece parámetros de profundísimas implicancias:

a) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Obviamente, tal presunción es *iuris tantum*, y la meritución de los motivos o circunstancias alegadas marcará, sin dudas, un nuevo camino jurisprudencial.

b) Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

c) A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Si bien no existentes impedimentos para que el menor demande a los padres por las consecuencias de la negativa a adoptar alguna de las decisiones para las que lo faculta el código, no es menos cierto que debe sopesarse no sólo el derecho sino el deber que asiste a los padres de velar por la seguridad y bienestar de sus hijos.

Una excesiva laxitud en cuanto a reclamos civiles a los padres en relación a la habilitación establecida por el nuevo código, generaría un serio riesgo de eclipsar las facultades y deberes derivados de la responsabilidad parental.

Es harto difícil establecer en qué medida adquieren los menores sus capacidades concretas. De allí que, claramente, la autonomía progresiva alude a un criterio flexible,

permeable, de claro perfil casuístico, que no coincide con el concepto de capacidad civil rígido, de rango etario.<sup>1</sup>

El rol de los jueces, entonces, tendrá capital importancia en su naturaleza bifronte: en primer término, al analizar la procedencia de la decisión del menor y, en otro orden no menos importante, en cuanto al análisis de la procedencia de toda acción dirigida por el menor contra los padres por las supuestas implicancias de su negativa a lo decidido por su hijo. La función del juez, entonces, deberá tener una impronta conciliatoria, amalgamando el derecho a la individualidad decisoria del menor y el derecho-deber de los padres en cuanto al cuidado de su persona.

Autonomía progresiva y ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores adolescentes:

El art. 644 del Código Civil y Comercial, dispone: *“Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen”*.

Se denota nuevamente el serio y cambiante punto de equilibrio respecto a los límites de la responsabilidad parental, en este caso, de los progenitores adolescentes. La nota distintiva está dada por la presencia de un tercero afectado que a su vez cuenta con su representación: el hijo del adolescente.

La norma exige la integración del asentimiento de cualquiera de los progenitores del padre adolescente, si se trata de actos trascendentes para el niño. No se exige la anuencia conjunta de los padres, aunque corresponde interpretar que ambos cuentan con el derecho de saber sobre la decisión en ciernes, que como tal requiere de aprobación. En consecuencia, si uno de los padres expresa su disenso, deberá decidir la autoridad judicial.

### **3. El derecho de daños ante la nueva responsabilidad parental:**

La configuración de la capacidad en el Código Civil y Comercial, guarda directa relación con la facultad de iniciar acciones reparatorias, ante la extensión de la capacidad de ejercicio.

---

<sup>1</sup> Fernández, Silvia E.; “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial. ¿Cuánto de autonomía progresiva?. Construyendo equilibrios, en La Ley, Suplemento Especial, Código Civil y Comercial de la Nación, Filiación y responsabilidad parental.

En efecto, si bien el menor ya contaba con la posibilidad de requerir el asesoramiento del Ministerio Público de Menores, el nuevo código establece que el menor con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. Por su parte, la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26). No sólo puede recurrir al Ministerio Público, sino a un servicio letrado, en un grado de igualdad respecto a los mayores.

Esta situación, como se dijera, coadyuva a la posibilidad de iniciar acciones legales contra los padres en caso de que a raíz de su objeción se haya producido algún daño sobre la persona del hijo o a terceros. Inclusive, podría generarse un supuesto de responsabilidad civil del Tribunal por la demora en la demora en la decisión, o por un evidente error jurisdiccional.

#### **4. Supuestos especiales de responsabilidad:**

##### **Responsabilidad por transmisión de enfermedades hereditarias:**

Los avances de la genética han profundizado el análisis y el debate sobre el aludido tema, que permite su abordaje desde dos ámbitos: por un lado, la transmisión de enfermedades por el hecho de la procreación natural; por el otro: aquellos casos derivados del manejo o manipulación genética. Ambos aspectos se unifican en la voluntad de los padres y el perjuicio que se origina en un mal congénito, transmitido o heredado.

Compartimos la opinión que admite este tipo de acciones, en razón de la preservación del *alterum non laedere* como verdadero principio constitucional, a la luz de lo establecido por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

No obstante, corresponde aclarar que su procedencia se supedita a la transmisión de una enfermedad o incapacidad verdaderamente grave y actual. En palabras de Mosset Iturraspe, “Debe menoscabar, desde una perspectiva general, el derecho a la “calidad y dignidad de vida”, no a vivir una vida cualquiera sino una que merezca, desde una apreciación objetiva, semejante designación. No enfermedades corrientes, aunque transmitidas de padre a hijo, sino aquellas denominadas “terminales”, con aptitud para privar de la vida, de las cuales provienen sufrimientos intolerables o bien que originan incapacidades o limitaciones de relevancia, como acontece con el sida, la sífilis, ciertas hepatitis u otras que de tanto en tanto va descubriendo la medicina”<sup>2</sup>

En el caso de transmisión de enfermedades por intervención sobre los genes, debe responder el laboratorio y quienes intervinieron en el proceso que desencadenó la activación del gen o genes deletéreos. El factor de atribución es objetivo, por actividad riesgosa.

En este caso, entiendo que no corresponde extender la responsabilidad a los padres, toda vez que se abocaron a evitar la transmisión de determinada enfermedad y no contaban con la posibilidad de manejar o dirigir el proceso científico de aislamiento y activación de los genes, tarea delegada en el laboratorio, que sí debe hacerse cargo. La única

---

<sup>2</sup> Mosset Iturraspe, Jorge; “Responsabilidad por Daños” – El acto ilícito -; Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, págs. 35/36

posibilidad de que respondan los padres sería por culpa, evidenciada en una notoria despreocupación por las implicancias de la intervención genética, lo cual puede acontecer en el estadio experimental o de manipulación genética, aunque no es el supuesto excluyente. En este último caso, el factor de atribución es subjetivo, en razón de lo establecido por el artículo 1721 del C.CyC, aunque podría ser objetivo en caso de que los progenitores hayan prestado su consentimiento en prácticas experimentales o de manipulación genética<sup>3</sup>.

En el caso de deficiencias provenientes de gametos de terceros donantes, corresponde a los padres extremar las precauciones a fin de evitar la transmisión de una enfermedad contraída por los donantes o que reside en su caudal genético. En este último caso, reviste importancia la extensión del deber de previsión, limitándolo a la realización de los análisis destinados a detectar una enfermedad presente, o – en un grado más profundo – la realización de estudios genéticos a fin de detectar la presencia de genes portadores de enfermedades graves.

Dado el avance y progresivo acceso a estudios científicos de tal magnitud, entiendo que la conducta debida debe centrarse en el requerimiento de estudios integrales, abarcativos de análisis de sangre y genéticos.

## **5. El divorcio en el Código Civil y Comercial. Los daños entre cónyuges:**

El Código Civil y Comercial, en un claro signo de acople a los tiempos actuales, abandonó el divorcio basado en causales. En tal sentido, el artículo 437 faculta a uno o ambos esposos a solicitar el divorcio y el 438 establece que toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es solicitado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

La norma establece que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existen diferencias sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

Es evidente que el código apunta a un cierre integral de los aspectos centrales del trámite de divorcio, delegando en el juez las cuestiones sobre las que no hay acuerdo, las llamadas “cuestiones pendientes”, debiendo recurrir para ello a normas de procedimiento local.

En orden a lo expuesto, el Código Civil y Comercial se refiere al “convenio regulador”, el cual debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas

---

<sup>3</sup> Mosset Iturraspe considera que la legitimación activa en cabeza del hijo y en contra de los padres, existiría aun en los casos en que las deficiencias se hubieran generado en el manipuleo del material genético a emplear. Ob. cit.; pág. 36.

entre los cónyuges; el ejercicio de la responsabilidad parental, en especial la prestación alimentaria; siempre que se den los presupuestos fácticos requeridos por el Código. (art. 439). Es de destacar que el precepto no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Sin perjuicio de las garantías reales o personales requeridas para la homologación del convenio y de la posibilidad de su revisión, se permite su revisión si ha mediado una modificación sustancial de la situación.

La posibilidad de compensación económica:

El artículo 441 admite la compensación económica: *“El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez”*

## **6. Admisión de acciones de responsabilidad entre cónyuges:**

A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, enumeradas en forma no taxativa por el artículo 442, el cual también establece que la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

Con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y la introducción del divorcio incausado, se abre un intercambio de opiniones sobre la admisión de posibles reclamos judiciales y, en caso afirmativo, los límites de su procedencia.

El daño puede ser extrapatrimonial o patrimonial, que engloba el perjuicio sufrido por un cónyuge a partir de la dilución patrimonial a expensas del otro cónyuge sin justificación atendible. Siendo que el alterum non laedere no rige por la condición de cónyuge sino por el carácter de persona, no es admisible rechazar la posibilidad de reclamar una indemnización ante un posible menoscabo patrimonial o extrapatrimonial.

Por ende, sostenemos que la admisión de los convenios de compensación económica del nuevo código, no excluye la posibilidad de que el cónyuge que se cree afectado inicie las acciones de reparación que estime necesarias.

Efectivamente, puede ocurrir que se haya soslayado un aspecto fundamental en el convenio de compensación, o que luego de celebrado surjan elementos que denoten la existencia de una situación de abuso de orden patrimonial.

De la misma manera, asiste al cónyuge afectado la posibilidad de reclamar daños y perjuicios en razón de conductas del otro cónyuge que constituyan una afrenta contra su persona. Es preciso aclarar que la indemnización no se basa en el vínculo matrimonial como antecedente, sino en la lesión al honor, integridad moral o estructura psíquica del reclamante.

Como bien se declaró en los fundamentos del anteproyecto del nuevo Código, “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en

los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”.

De allí nuestra cita de la Dra. Zavala de González - en homenaje a la eminente doctrinaria - en cuanto a que, aunque no surge ningún derecho resarcitorio por el divorcio supuestamente imputable a uno de los cónyuges por falta de convivencia o adulterio, sí nace cuando uno de los cónyuges despliega una conducta afrentosa contra el otro, a título adicional y que sería indemnizable aun cuando el agente hubiese sido un tercero; como ante agresiones físicas o psíquicas<sup>4</sup>.

La prestigiosa jurista, en el mismo trabajo, recordaba conceptos coincidentes de Mizrahi: “la eliminación de la culpa en el divorcio (...) no se traduce en tolerar la perpetración impune de hechos ilícitos de un cónyuge contra el otro cuando, por ejemplo, se provoca una lesión o menoscabo a los derechos de la personalidad (lesiones físicas, afecciones al honor, etcétera). Es que en estos casos el derecho matrimonial quedará desplazado, ya que los cónyuges no serán convocados al proceso como tales, sino como víctima y victimario; de manera que serán las normas del responder civil las que se aplicarán en plenitud, sin importar si medió o no una sentencia de divorcio” (MIZRAHI, Mauricio Luis, "Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto", LL, 2012-D, 888).

Desaparecidas las causales del llamado “divorcio sanción”, la fidelidad y convivencia son ahora factores de índole ética y moral.

El tema central, entonces, reside en determinar cuáles conductas generarán un deber indemnizatorio. Se coincide, necesariamente, en que los actos de violencia física o moral, las humillaciones, las lesiones a la salud psicológica y cualquier otro elemento ínsito a la dignidad de la persona serán objeto de tutela jurisdiccional reparatoria.

En cambio, la sola invocación del incumplimiento de deberes de fidelidad y convivencia, antes catalogados como causales de divorcio, no resultan suficientes, pues ya no rigen como causales jurídicas, perteneciendo por ende al ámbito de los deberes morales.

En torno a lo señalado, se ha hecho mención a una diferencia doctrinal respecto a una posición según la cual, la convivencia y fidelidad – que ya no son deberes conyugales – podrían actuar como factores originantes de un daño resarcible por lesión a un interés no reprobado por el derecho según el concepto amplio de daño del art. 1737.

Entiendo que tal diferencia sólo es conjetural, pues lo esencial radica en determinar si en el caso concreto, la forma en que se incurrió en tal conducta - sólo atendible en el plano moral - ha resultado innecesaria, desproporcionada y evidentemente afrentosa y por ende dañosa respecto a la integridad psicológica y moral, en el plano de la dignidad humana.

Concretamente, no se indemniza la infidelidad en sí misma, sino cuando ha sido utilizada como instrumento de conductas afrentosas, deshonrosas, vejatorias, o de maltrato.

En definitiva, como fuera dicho por la Dra. Zavala de González: “el derecho a la reparación de un cónyuge con motivo de que el otro lesiona sus derechos personalísimos, no se funda en la calidad de cónyuge sino, exclusivamente, en la

---

4 Zavala de González, Matilde; “Daños entre familiares”; La Ley, Año LXXVIII N° 241, 23/12/2014.

situación de víctima, según sucedería con cualquier sujeto afectado por similar daño injusto<sup>5</sup>.

Por lo tanto, en lo concerniente al divorcio vincular ahora incausado, no se transtocan los principios básicos de la responsabilidad civil y los principios que se vienen sosteniendo hasta ahora, salvo en lo concerniente a la sola admisión de las causales, que no revisten suficiencia para imputar responsabilidad, pues sólo es procedente una acción de daños si se basa en hechos y actitudes concretas relacionadas con menoscabos concretos de orden patrimonial o extrapatrimonial, del cónyuge reclamante.

---

5 Zavala de González; ob. cit., pág. 2.