

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

## **RECLAMO DE DAÑOS Y PERJUICIOS AL PROGENITOR AFÍN. PARALELISMO CON LA FIGURA DEL TUTOR.**

**Autor:** María Silvina Radcliffe\*

### **Resumen:**

*Este trabajo busca fundamentar la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que el progenitor/a afín pueda causar con su accionar en el niño, niña o adolescente, utilizando como fundamento: los presupuestos de la responsabilidad civil, y comparación con el instituto de la tutela.*

*Al recorrer este trabajo encontraremos que es posible reclamar al progenitor y/o a la progenitora afín responsabilidad sobre las decisiones tomadas con relación al menor y que no hayan sido urgentes, entendiendo siempre que la conducta antijurídica base de la reclamación debe ser contraria a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, ordenamiento jurídico que encuentra como meta principal la protección de la persona humana a través de sus derechos fundamentales y la tutela del niño entre otras.*

### **1. Planteo del problema que motiva mi ponencia.**

En pos de la democratización de la familia, nos vamos acostumbrando de a poco a los términos madre/ padre afín, que se presentan cuando abordamos el tema de familias ensambladas.

Este nuevo término o concepto ha sido definido a la perfección por la Dra. Cecilia Grosman, siendo “...aquella que se constituye después de una separación divorcio o viudez cuando uno o ambos progenitores de la pareja tiene hijos de una unión anterior.”<sup>1</sup>

Dentro de esta nueva forma en que se constituyen los hogares, tal como referimos, se erige en protagonista de los mismos, los niños, niñas y adolescentes, pero también la figura del progenitor afín.

El nuevo Cód. Civil y Comercial de nuestro país, no sólo se encarga en su artículo 672 de definir la figura del progenitor afín, sin que el Artículo 673, va más lejos y define cuáles serán sus deberes.

Claro está que a medida que los menores, van creciendo, se plantean cada vez mayores problemas y situaciones más complejas, que van a necesitar de otro tipo de resolución.

Es por ello que el cuerpo normativo referido permite al progenitor afín **ADOPTAR DECISIONES ANTE SITUACIONES DE URGENCIA.**

Sin embargo y he aquí el problema central que se busca abordar desde este trabajo: entendemos que en nada afectaría la vida cotidiana del niño si pese a que la situación sobre la que decide el padre/madre afín, no reviste urgencia, la decisión adoptada no causa perjuicio al menor, entendiendo entonces que se erige en rector principal de la cuestión el principio de interés superior del niño, niña o adolescente.

Ahora bien, que sucede, si esa decisión que luego puede ser juzgada como no urgente causa un daño en el menor, ¿cabe alguna responsabilidad para ese padre/madre afín?

---

\*Abogada, egresada de la Universidad Nacional de Rosario. Esta ponencia cuenta con el aval de la Profesora Asociada Adriana N. Krasnow (Facultad de Derecho, UNR).

<sup>1</sup> GROSMAN, Cecilia- Martinez Alcorta Irene, Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencia. Problemas y soluciones legales, Universidad, Buenos Aires, 2000

¿puede juzgarse la conducta de ese padre/madre afín, aplicando los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual?, ¿puede esa conducta ser tildada de antijurídica por quien pretenda reclamar los daños ocasionados en el menor por dicho proceder, ya sea en su salud, su patrimonio, su intimidad personal o familiar, su imagen?

## **2. Situación planteada en vinculación con el derecho de daños**

### **2.1. El derecho de daños, la responsabilidad Civil y sus presupuestos.**

Si bien no es la intención de este trabajo profundizar en los presupuestos de la responsabilidad civil, entiendo necesario, hacer un breve repaso sobre los mismos para luego comenzar a plantear la desarrollar en base a ellos la situación problemática que deseo plantear.

El nuevo código civil y comercial establece en su Artículo 1716, que *“La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado...”*

Nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena, y si como consecuencia de ese desborde se produce un daño su autor deberá responder, Responder, en el sentido de dar cuenta de sus actos.

A veces el acto lesivo recae sobre quien no tenía con el autor vínculo alguno anterior; otras veces el comportamiento dañoso se produce frente a un sujeto con quien el autor de aquél tiene o tenía un vínculo jurídico anterior que le imponía el cumplimiento de una conducta específica.

En líneas generales, quien pretenda buscar la reparación del daño por la vía civil deberá corroborar que concurren a la situación los presupuestos que habilitan dicha reclamación a saber: ANTIJURIDICIDAD, DAÑO, RELACION DE CAUSALIDAD, FACTOR DE ATRIBUCION.

La antijuridicidad consiste en toda contradicción con el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, que puede manifestarse en cualquier ámbito de la realidad humana, esto es, una conducta o un estado o situación que experimenta un ser humano.

Es contradicción consiste en una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio.

No se puede imponer la sanción resarcitoria donde no hay daño que reparar. El daño es un elemento del acto ilícito sin el cual no existe la responsabilidad civil, entendiendo entonces que el daño como elemento del acto ilícito, significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral).

El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción.

Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro.

Por ello la relación causal vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa.

Probada la relación causal entre el daño y la persona o cosa a las que se atribuye su causación, sin que medie prueba en contrario demostrativa de la inexistencia del nexo causal adecuado, quedará aún por demostrar el factor imputativo o atributivo, sin el cual no existirá responsabilidad. No basta el daño, como hemos dicho, para que la víctima o

el acreedor puedan pedir reparación. Ese daño debe conjugarse con el factor de responsabilidad subjetiva u objetiva que la ley reputa idóneo para atribuirlo a una determinada persona.<sup>2</sup>

## **2.2 El derecho de daños en la familia ensamblada. Ausencia de Norma**

Uno de los tantísimos debates que enciende y potencia la democracia gira en torno a las ventajas, desventajas y límites del poder punitivo. En esta oportunidad y centrados en las relaciones de Familia nos referiremos al derecho de daños como una de las respuestas desde el ámbito civil más fuertes en términos de sanción.<sup>3</sup>

Si hablamos de que la antijuridicidad es una contradicción a todo el ordenamiento normativo en su conjunto, no podemos mirar para otro lado si quien ocasiona un daño a un niño, niña o adolescente, lo hace como consecuencia de la inobservancia las funciones o responsabilidad que tenía a su cargo, o por imprudencia, o negligencia, máxime cuando los fundamentos del nuevo código son: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales y la tutela del niño entre otros.

Si bien dicha decisión puede ser tomada en un momento de angustia, desesperación, no debemos desatender que pese al afecto que puede haber entre el niño, niña o adolescente y el padre/madre afín, también hay consecuencias jurídicas. Si bien el nuevo código *“...trata de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender...”* dicha regulación no puede contradecir la protección de la figura del niño.

Por el solo hecho de contraer matrimonio o de integrar una unión convivencial, o de ser hijo o padre, ningún sujeto pierde frente a nadie sus derechos personalísimos, como ser la preservación de la salud, el honor o la intimidad.<sup>4</sup>

Teniendo acreditada la antijuridicidad de la conducta plasmada en la norma que se estableció en beneficio del menor y de su familia, deberá analizarse luego si el resto de los presupuestos se encuentra presentes en esa conducta antijurídica.

Tal como fue referido la conducta contraria al ordenamiento debe ser una conducta dañosa, tomando como fundamento el deber general de no dañar y el principio de reparación integral del daño causado.

Estando presentes en esta conducta antijurídica y dañosa la relación de causalidad y el factor de atribución estaremos ante la obligación de responder y reparar el daño que se ha causado, que no necesariamente debe haber sido causado con la intención de dañar.

La protección de la intimidad familiar y la necesidad de resguardarla de una intromisión excesiva por el Estado, cede frente a hechos consumados, que no corresponde ignorar, sin denegación de justicia, decidida a priori sólo por realizarse dentro de un grupo familiar, confiriendo al dañado un escudo protector por ser cónyuge, conviviente, progenitor, pariente o novio.

Llegado a este punto del trabajo, y conforme la exposición desarrollada, entiendo que si bien no hay una norma que prevea expresamente la posibilidad de reclamar una

---

<sup>2</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Novena Edición ampliada y actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p 109 -

<sup>3</sup> . HERRERA MARISA. Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del derecho en LA Ley 28/02/2011, 28/02/2011- 1- LA LEY 2011-A, 1091

<sup>4</sup> Zavala de González, Matilde M., Daños entre familiares. Publicado en: LA LEY 23/12/2014, 23/12/2014, 1

reparación por el daño causado por el padre/madre afín sobre el niño, niña o adolescente, que en la mayoría de los casos entiendo que ha sido sin intención de dañar y en pos de satisfacer su interés, frente a la anomia con relación a la situación planteada, sólo nos resta buscar en el plexo de normas existentes en nuestro ordenamiento legal, figura que pueda equipararse a la del progenitor afín.

De esta manera es que llegamos a trazar un paralelo de la figura analizada y sus respectivos derechos y deberes con la del tutor, y remitiéndonos al art. 118 del nuevo C.C.C. de la nación, podemos invocar una norma que nos ayude a fundamentar el reclamo.

El art 118 del CCC prevé que *“El tutor es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones...”*

Dicha comparación radica en que si el tutor, figura creada a los efectos del cuidado, y representación del niño, niña o adolescente, debe responder por el daño causado por su culpa, que obstáculo encontramos para no asignarle responsabilidad a quien forma parte del centro de vida de quien ha resultado lesionado, y a quien también se le encarga el cuidado de esos menores.

El fundamento de la responsabilidad que se le asigna al tutor encuentra base en el incumplimiento de los deberes y obligaciones a su cargo en el ejercicio y ocasión de sus funciones.

También es responsable de los excesos y abusos del mandato conferido que pudieran suscitarse sobre actos de cualquier naturaleza que causen daño a la persona o al patrimonio del tutelado.

Dicho sistema de protección —la representación— es instituida únicamente en beneficio de los niños, niñas y adolescentes para determinadas situaciones

Dichas disposiciones, tienen un propósito esencialmente tuitivo, ya que la finalidad última de esta norma es la protección de dicho grupo etario.

Se busca, de esta manera, evitar que terceras personas puedan influenciar negativamente o aprovecharse de su inexperiencia.

Conforme lo establece el Artículo 104 *“La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente”*

Ellos, en tal carácter y como adultos responsables, asumen su crianza, prestándoles educación, asistencia alimentaria, vivienda, salud y esparcimiento, se trata de una figura tendiente a otorgar cuidado, asistencia y participación, promoviendo la autonomía personal, a la persona y bienes de un niño/a o adolescente que no ha alcanzado la plena capacidad civil.

Ahora bien insistiendo en el objeto de este trabajo, es sumamente comparable la figura del tutor con la del progenitor afín, ambas se establecen siempre a favor del menor, a los fines de su protección, tal como lo referimos ambas figuras son establecidas con una función tuitiva y protectora.

Ambas figuras tiene una actuación limitada por la ley, que para el progenitor afín se encuentra en primer lugar en el progenitor no conviviente, y en segundo lugar su actuación se reduce a los hechos cotidianos y urgentes y el tutor la encuentra en el menor que no ha alcanzado la plena capacidad civil, siempre que no haya persona ejerza la responsabilidad parental

Entonces bien... si el fundamente de creación de la figura tanto del tutor como del progenitor afín radica en la importancia de proteger por todos los medios posibles la figura del niño, niña, y adolescente, ¿porque no pretender que la responsabilidad que recae sobre el tutor, se extienda al progenitor afín?<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION Comentado. Directores Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastian Picasso. Publicado en [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

La familia es núcleo de resguardo del individuo protegido desde nuestra Carta Magna, que expresamente prevé “la protección integral de la familia” (artículo 14 bis). La función del derecho es la de preservar esta unidad social y la de brindarle los instrumentos necesarios para que pueda desenvolverse, ahora bien dicha protección debe alcanzar en particular a cada miembro de esa unidad y protegerla frente a cualquier persona que pretenda dañarla, sin importar el vínculo que los pueda unir. Es más entiendo que el vínculo que una a víctima y victimario inclusive podría tomarse en cuenta a la hora de medir el daño causado y las reparaciones que deberá enfrentar.

El Derecho de daños debe incorporar directivas protectoras, donde es relevante un injusto acto lesivo, y de ninguna manera excusa ni libera que el agresor sea un cónyuge, conviviente otro u otro familiar, según sucede con frecuencia.

En el derecho de familia se observan diferentes situaciones fácticas que pueden dar lugar a reclamos de daños y perjuicios al menos desde el punto de vista jurídico y más allá del impacto positivo o negativo según la dinámica familiar involucrada debería ser evaluado todo ello desde una perspectiva interdisciplinaria.

Ahora bien, en el caso de inclinarse por la reparación civil frente al daño, hay que medir las consecuencias de la indemnización, ya que ello no solo impacta en el ámbito económico del demandado responsable o autos sino también puede incidir de manera nociva en el vínculo o lazo afectivo-familiar que se pretende reparar y que aún podría ser pasible de restauración en el plano no jurídico.

Creo que frente a estos planteos sería muy útil la buena utilización del instituto de la mediación.

La mediación familiar es uno de los métodos que se pueden utilizar para resolver los conflictos como el que hemos hecho referencia, ya que al estar frente a la figura de un tercero neutral e imparcial coadyuva a lograr un acuerdo satisfactorio para todos los involucrados, el mediador facilita la comunicación entre todos los involucrados permitiendo que todos tomen la palabra y asegurándose que todos sean escuchados.<sup>6</sup>

### 3. Conclusión.

Creo interesante destacar algunos puntos, entre ellos, la cautela con la que debe manejarse el progenitor o la progenitora afín que tenga a su cargo menor sobre los que debe tomar decisiones. Hago incapié en la palabra **cautela**, que no debe ser tomada como sinónimo de miedo ni de excesiva responsabilidad.

Otro de los puntos a tener en cuenta son los presupuestos de la responsabilidad civil los cuales deberán ser aplicados por los magistrados con responsabilidad y cuidado, teniendo siempre presente que en el ámbito donde se busca resarcir el perjuicio es un ámbito marcada por las relaciones de familia.

Y sobre todo siempre tener presente que las relaciones de familia, deben ser abarcadas desde un plano interdisciplinario, que brinde una solución integral al problema que se está planteando, sin dejar de lado la gran ventaja que puede tener en estos casos recurrir al instituto de la mediación que será de gran utilidad a los ahora de definir qué es lo que pretende el reclamante.

---

<sup>6</sup> WAGMAISTER Adriana M., Mediación y familia ensamblada. Publicado RDF 2003-25-135, Fecha 2003.