

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

I.	Introducción y objetivos	15
II.	Evolución del Derecho de Familia e influencia sobre el Derecho de Daños	19
III.	Modernos principios de la responsabilidad civil y su recepción en la responsabilidad familiar por daños	22
	1. De la culpa al riesgo	22
	2. La prescindencia de la antijuridicidad	25
	3. Objetivación de la relación de causalidad	27
	4. Reparación integral y extensión del daño resarcible	28
	5. Extensión de la noción de daño resarcible y de los legitimados para demandar indemnización	30
	6. Nuevas perspectivas en materia de daño extrapatrimonial	34
	7. La responsabilidad civil como transferencia del costo del daño. Una imprescindible mirada al autor del daño	37
	8. Conclusión sobre la influencia de la evolución del Derecho de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia	39
IV.	Relaciones de familia en las que se pretende la reparación del daño provocado por un integrante de la familia a otro miembro del grupo familiar	40
V.	Relaciones de familia en las que se pretende la reparación del daño provocado por un tercero a un integrante de la familia	41
VI.	De los reclamos indemnizatorios de terceros por un hecho cometido por un miembro de la familia	42
VII.	De los reclamos indemnizatorios entre cónyuges por circunstancias ajenas a la familia	43

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: I. Introducción y objetivos. II. Evolución del Derecho de Familia e influencia sobre el Derecho de Daños. III. Modernos principios de la responsabilidad civil y su recepción en la responsabilidad familiar por daños. 1. De la culpa al riesgo. 2. La prescindencia de la antijuridicidad. 3. Objetivación de la relación de causalidad. 4. Reparación integral y extensión del daño resarcible. 5. Extensión de la noción de daño resarcible y de los legitimados para demandar indemnización. 6. Nuevas perspectivas en materia de daño extrapatrimonial. 7. La responsabilidad civil como transferencia del costo del daño. Una imprescindible mirada al autor del daño. 8. Conclusión sobre la influencia de la evolución del Derecho de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. IV. Relaciones de familia en las que se pretende la reparación del daño provocado por un integrante de la familia a otro miembro del grupo familiar. V. Relaciones de familia en las que se pretende la reparación del daño provocado por un tercero a un integrante de la familia. VI. De los reclamos indemnizatorios de terceros por un hecho cometido por un miembro de la familia. VII. De los reclamos indemnizatorios entre cónyuges por circunstancias ajenas a la familia.

I. Introducción y objetivos

En el presente estudio nos proponemos abordar el tema de la relación existente entre la responsabilidad por daño y el Derecho de Familia.

Este tema se ha desarrollado a la luz de la jurisprudencia, y de la doctrina específica que en general trató aspectos parciales, de las diferentes hipótesis de daño que se producen en las relaciones familiares o en ocasión de éstas, o por algún miembro incapaz, de quien tenga

que responder el grupo familiar. Sin embargo, existen muy pocas obras completas que intentan un tratamiento orgánico de la responsabilidad por daños y el Derecho de Familia¹.

La doctrina argentina al igual que las que corresponden al Derecho Continental europeo se han limitado a tratar puntualmente los temas que los tribunales debían decidir, o habían resuelto en base a principios generales, ya que en los códigos decimonónicos no existen normas específicas sobre el tema, salvo algunas relativas a la responsabilidad por nulidades matrimoniales, que hacen reenvíos parciales al régimen de la responsabilidad, y sólo en algunos modernos ordenamientos de fines del siglo XX hay contempladas disposiciones al respecto².

Las cuestiones a abordar en el tema de la responsabilidad por daño y el Derecho de Familia son fundamentalmente las siguientes:

- Precisar si la pertenencia del protagonista del hecho ilícito a un grupo familiar determina una forma diversa de operar de la responsabilidad civil, es decir, si se aplican las reglas generales o si se aplica una regla particular³.
- Establecer de qué modo la existencia de un vínculo familiar entre la víctima y el dañador influye sobre la regla de la responsabilidad civil contractual o extracontractual⁴.

¹ Entre las obras más completas se encuentran PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; en la Argentina, en este siglo, la *Revista de Derecho de Daños*, de la editorial Rubinzal-Culzoni, ha dedicado su N° 2001-2 a los *Daños en las relaciones familiares*; la *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia* ha dedicado su N° 20, *La responsabilidad familiar*. En el siglo XX, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; ZANNONI, Eduardo y BELLUSCIO, Augusto, *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2001-2, *Daños a las relaciones familiares* cit., p. 7.

² En este sentido es de destacar el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 que contempló normas generales expresas relativas a la responsabilidad por daños en el Derecho de Familia, como por ej. los arts. 525, 551, 1686, entre otros.

³ Por ejemplo, en el supuesto de la responsabilidad por el hecho ilícito cometido por un menor sujeto a patria potestad, corresponde determinar si el hecho de que el menor pertenezca a un grupo familiar influye en las reglas de la responsabilidad civil. En este supuesto, en particular en el ordenamiento argentino existe una regla específica.

⁴ En este caso, de lo que se trata es de determinar si la existencia de un vínculo

- Definir si el acto ilícito sufrido por un miembro de la familia por el hecho de un tercero o de un integrante de la misma tiene relevancia jurídica para los componentes del grupo familiar⁵.

Lo antedicho demuestra que el ilícito en el ámbito familiar presenta un perfil “interno”, que se desarrolla entre los miembros de la familia, y uno “externo”, que se vincula con los terceros y los miembros de un grupo familiar.

En el perfil “externo”, el punto principal es cómo influye el pertenecer a un grupo familiar en el modo de responder por el daño cometido por un miembro de la familia y, a la inversa, cómo afecta la responsabilidad del dañador cuando el ilícito se comete contra un integrante de un grupo familiar⁶. En este aspecto, la cuestión más difícil a resolver es la legitimación de la víctima indirecta del daño para reclamar su perjuicio⁷, sobre todo cuando la víctima ha sido indemnizada, supuesto en el cual a los padres les será muy difícil demostrar la existencia de un perjuicio patrimonial propio.

Otra hipótesis que presenta una relación estrecha entre el Derecho de Familia y la responsabilidad civil es el relacionado con el daño sufrido en la esfera sexual del cónyuge. El tema fue tratado en una decisión de la Suprema Corte italiana⁸. Lo que debió decidir fue la naturaleza del daño sufrido por el marido en un caso en que la mujer,

familiar impide la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil; oportunamente veremos cómo las compañías aseguradoras se niegan a otorgar la cobertura del seguro de accidentes de circulación cuando éstos acontecen entre los cónyuges.

⁵ Este supuesto cobra relevancia en los ilícitos que causan la muerte de una persona: si los miembros de la familia pueden reclamar el perjuicio sufrido por la pérdida, o si los integrantes del grupo familiar –que se ven afectados por el perjuicio sufrido por un pariente– están legitimados para reclamar el daño, o si los hijos pueden reclamar el daño sufrido por el divorcio de sus padres.

⁶ No es lo mismo que en un accidente de circulación se dé muerte a un hombre soltero que a un padre de familia matrimonial, ni que a un concubino, ni que a un guardador de hecho. Vemos cómo las relaciones familiares tienen directa relación en la forma como se aplicarán las reglas de la responsabilidad civil.

⁷ En este supuesto se trata de determinar la legitimación, por ejemplo, de los padres para reclamar por el daño propio sufrido por un menor que a raíz de un accidente de tránsito queda cuadripléjico.

⁸ Cass. Civ., 22 novembre 1986, N. 6607, en *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 3031, con nota de FERRANDO, Gilda, en *Dir. Fam. Per.*, 1987, p. 187.

por error profesional médico, se vio impedida de mantener relaciones sexuales. El hombre no había sufrido daño alguno, y biológicamente podía mantener relaciones sexuales con cualquier mujer, pero se trataba de un hombre casado que no podía seguir manteniendo relaciones sexuales con su esposa y quien, según el estatuto matrimonial, se encuentra obligado por el deber de fidelidad a mantener relaciones íntimas sólo con su mujer. En primera y segunda instancias la demanda del marido fue rechazada, pero la Corte estableció el siguiente principio: cuando el hecho culposo o doloso del tercero impide a una persona casada ejercer actividad sexual, debe entenderse como lesivo del derecho del otro consorte, porque se lo priva de un valor inherente a la persona.

En el perfil “interno” –es decir, en los daños infringidos por los integrantes de un grupo familiar entre sí–, una de las cuestiones más arduas es la forma de coordinar dos aspectos del ordenamiento privado: las normas del Derecho de Familia y del ilícito civil. En determinadas hipótesis tal coordinación está dada por el legislador en el Libro de Derecho de Familia, como en el caso de las nulidades matrimoniales (art. 225 del Cód. Civ., texto según la ley 23.515)⁹. La cuestión en este supuesto es determinar si la norma establecida en la parte relativa del Derecho de Familia contempla caracteres exclusivos, es decir, si sólo se aplica para el supuesto de las nulidades o si cuando se dan los presupuestos de la responsabilidad civil se puede aplicar ésta entre los miembros del grupo familiar, cuestión que desarrollaremos muy especialmente en los capítulos destinados a los daños derivados del divorcio y a los daños derivados por falta de reconocimiento de hijo.

Otro de los supuestos en que existe norma específica que soluciona la vinculación entre el Derecho del ilícito civil y las normas del Derecho de Familia es en el caso de la responsabilidad de los padres por los actos cometidos por los hijos menores, y los sujetos a tutela y curatela (art. 114 del Cód. Civ.). Ésta es una norma de reenvío porque el concepto de sujetos sometidos a la patria potestad debe ser buceado en

⁹ En el Derecho italiano ocurre lo mismo con el artículo 129 bis del Código Civil.

el Derecho de Familia, y en esta hipótesis se presentará el problema de la responsabilidad de quienes no tienen la patria potestad pero tienen el poder de vigilancia sobre el menor, como guardadores de hecho o guardadores con fines de adopción¹⁰.

De lo expuesto hasta acá advertimos claramente cómo influyen los conceptos del Derecho de Familia en el Derecho de Daños y viceversa; por tal motivo, a continuación analizaremos brevemente la evolución del Derecho de Familia y su influencia en el Derecho de Daños y reseñaremos sintéticamente los modernos principios de la responsabilidad civil y su recepción en la responsabilidad familiar por daños.

II. Evolución del Derecho de Familia e influencia sobre el Derecho de Daños

Durante el siglo XIX y hasta bien avanzado el siglo XX no se admitía ningún tipo de indemnización entre los miembros de la familia por daños producidos entre ellos, motivados por los diferentes conceptos que se tenían tanto de la responsabilidad civil como del Derecho de Familia.

El Derecho de Familia estaba basado en la autoridad del *pater*, el Estado tenía poca injerencia en el seno de la familia, los poderes patriarcales y maritales eran cuasi omnímodos, la mujer no tenía igual derecho que el hombre, los niños eran considerados personas sólo en la letra de la ley, la patria potestad era concebida como un conjunto de derechos, no existía la posibilidad de contratación entre cónyuges y la autonomía de la voluntad no tenía ninguna cabida en la organización familiar. Con esa concepción de la familia era muy difícil admitir que se conminara a la reparación del daño producido por uno de sus miembros a otro de ellos, ya sea a consecuencia de un ilícito extracontractual o de un daño surgido de una relación contractual.

Si bien todo el Derecho Privado ha evolucionado en estos últimos años, el Derecho de Familia es uno de los que particularmente ha

¹⁰ MEDINA, Graciela, *La adopción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; PATTI, *Famiglia...* cit., p. 6.

sufrido más transformaciones, derivado en gran medida de la evolución de las costumbres y del cambio en las reglas morales.

Uno de los cambios más importantes es la evolución de una estructura familiar jerarquizada basada en el dominio del *pater familias* a una estructura igualitaria, en la cual la mujer y el marido se encuentran colocados en una posición igualitaria tanto en el gobierno de la familia como en la contribución a su sostenimiento.

Por otra parte, existe un menor énfasis en la idea de concebir a la familia como una estructura unitaria, mientras se pone el acento sobre la autonomía individual de cada uno de los integrantes de la familia, a partir del reconocimiento de la personalidad singular como individuos. Esta circunstancia en el ámbito conyugal permite que los cónyuges contraten entre sí, y por lo tanto que se les apliquen las reglas de la responsabilidad contractual, y al mismo tiempo que respondan con sus propios bienes o con los gananciales de su administración por las obligaciones por ellos contraídas.

El pasaje de la familia patriarcal a la familia nuclear ha requerido de infinidad de normas que establecieran la igualdad de los cónyuges, en los diferentes aspectos familiares, pero hay otros supuestos que no están dados por normas específicas sino que se deducen de tal principio y que tienen importancia a los fines de nuestro estudio, entre ellos se encuentra el valor dado al trabajo doméstico.

Hasta hace muy poco tiempo, el trabajo doméstico de la mujer ha sido considerado a título gratuito o sin valor; hoy, sin que exista una norma específica sobre el valor del trabajo doméstico, a éste se lo acepta con un contenido económico que influye a la hora de la reparación de los daños.

En definitiva, la existencia de una familia patriarcal ha llevado a que durante años se privilegiara la estructura familiar y se impidiera la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil en el seno de la familia.

Por otra parte, el fin de la responsabilidad era el castigo del responsable, que se fundaba en la existencia de culpa, noción que tal cual es desarrollada en los siglos XII y XIII viene a coincidir con la idea de moral cristiana que han de elaborar los canonistas; en otras palabras,

la culpa llega a ser concebida como una “falta moral”¹¹, distinta del dolo que da lugar al delito, hasta que Domat, en el siglo XVIII, desarrolla la idea de que *todo el que por su culpa causa un daño* debe responder.

En esta concepción de la familia y del sistema de la responsabilidad civil era impensable la reparación del padre que dañaba a su mujer o a sus hijos, ya que no existía culpa en estos actos sino el cumplimiento del deber de corrección derivado del ejercicio de la autoridad marital y de la patria potestad.

Si a ello le agregamos que el Derecho de Familia era concebido como una rama del Derecho autosuficiente, advertimos por qué fue tan difícil que se abriera paso la obligación de reparar los daños causados entre los miembros de la familia.

En la actualidad, la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto a la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico. El sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño doloso o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar.

Hoy en día, a la luz de los precedentes jurisprudenciales y de la doctrina autoral, vemos que se ha eliminado la idea de que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes y que se ha desechado completamente la concepción de que la especialidad del Derecho de Familia impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil. Lo que ocurre es que los principios clásicos de la responsabilidad civil han sufrido una evolución así como también se ha avanzado en la concepción del Derecho de Familia. Por lo tanto, de lo que se trata es de entender en qué medida los nuevos principios de la responsabilidad civil se aplican en el Derecho de Familia moderno basado en la igualdad de los cónyuges, en la patria potestad como una función, en la desaparición de desigualdades entre los miembros de la familia, en la existencia de nuevos modelos de familias, como

¹¹ GAZZANIGA, James Louis, en SAVATIER, René, *Les métamorphoses historiques de la responsabilité*, 1997, p. 12.

las integradas o las de parejas homosexuales o las extramatrimoniales, que carecen de una legislación reguladora específica.

La reparación de los daños entre los miembros de la familia podemos considerarla como un principio aceptado después de una lucha de años y que se abre paso, no sin dificultad, en el ámbito jurídico.

La admisión de este principio general es el punto de partida de nuestra obra. Pero antes de entrar en el estudio de los casos concretos queremos ver cómo ha evolucionado el Derecho de la responsabilidad civil, y cómo los modernos principios de la responsabilidad civil se receptan en el ámbito del Derecho de Familia¹².

III. Modernos principios de la responsabilidad civil y su recepción en la responsabilidad familiar por daños

1. De la culpa al riesgo

La atribución de la responsabilidad con fundamento en la culpa ha tenido un retroceso constante desde que, a fines del siglo XIX, los autores elaboraron la doctrina o teoría del riesgo¹³ y, sobre todo, los tribunales desarrollaron una jurisprudencia vigorosa que generalmente se anticipó a la legislación e hizo lugar a las nuevas ideas a despecho de las distorsiones notables de los textos que para ello fueron necesarias¹⁴.

En materia de responsabilidad civil esto se funda en exigencias sociales; la incorporación de la máquina a la vida moderna conduce a que permanente e inevitablemente se produzcan daños a las personas, sin culpa, con actividades o cosas que no son prohibidas de realizar

¹² Entre los canonistas la culpa era una *falta moral* y el dolo, un *pecado*.

¹³ En esta orientación la doctrina francesa fue la avanzada: SALEILLES, Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897; JOSSERAND, Louis, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897.

¹⁴ Las sentencias en los casos "Teffaine" y "Jand'heur", con treinta y cinco años de diferencia entre ellas, son hitos significativos en el desarrollo de la "nueva" responsabilidad civil, porque cambiaron la orientación de todos los tribunales franceses y tuvieron una influencia decisiva más allá de las propias fronteras de Francia; ver PARDO, Alberto J., *Culpa y riesgo*, en rev. *Æquitas*, N° 6, 1965, ps. 145 y ss.

o de utilizar sino que, por el contrario, son toleradas y a veces alentadas (la utilización de las técnicas biogenéticas, la máquina industrial, el automóvil, el avión o el ejercicio de la medicina).

De allí que, como señala Rivera¹⁵, desde hace tiempo, se habla de la declinación de la culpa, aunque algunos autores señalan que más que de eso corresponde hablar de la declinación de la responsabilidad individual, pues se produce una verdadera colectivización de los daños a partir de los seguros y los fondos de garantía¹⁶, amén de la seguridad social, que en los países centrales asume la función de reparación de los infortunios desplazando, incluso, a la responsabilidad civil¹⁷.

Pero más aún, del riesgo se ha pasado a la “actividad riesgosa” como factor de atribución. Se ha apuntado en la doctrina argentina, con sumo acierto, que los daños típicos de la sociedad posindustrial no pueden contenerse en el esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni aun en la imputación objetiva por la intervención de cosas riesgosas o viciosas; es que todos esos daños presentan un denominador común: su dañosidad deriva de alguna actividad riesgosa¹⁸. Ello tiene reflejo en las legislaciones contemporáneas¹⁹, y múltiples torneos científicos han propiciado su incorporación a la legislación argentina.

El abandono de la idea de culpa ha modificado el centro del sistema de responsabilidad, que no es ya el reproche moral a la conducta del victimario sino la reparación del daño que ha sufrido la víctima.

¹⁵ RIVERA, Julio César, *Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998*, separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, octubre de 2000.

¹⁶ VINEY, Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965; LE TOURNEAU, Philippe, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, en R. T. D. C. 1988-5-05.

¹⁷ TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Paris, 1989, N° 31, p. 31.

¹⁸ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela Nora, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, Buenos Aires, 1989, p. 151.

¹⁹ El Cód. Civ. de Perú, art. 1970, y el Cód. Civ. de Paraguay, art. 1846, tratan la actividad peligrosa como factor objetivo de atribución; en otros ordenamientos (italiano, boliviano, portugués) se establece una presunción de culpabilidad en torno al autor del daño ocasionado por la actividad peligrosa: MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, ob. cit., ps. 153/155.

Por ello, Lambert Faivre dice que la responsabilidad civil es *el derecho de la víctima a ser indemnizada*, y cita como ejemplo de legislación que pone a la víctima como un sujeto digno de atención a la misma ley Badinter del 5 de julio de 1985, la que tiende –según sus propias palabras– *al mejoramiento de la situación de las víctimas de los accidentes de circulación*; su Capítulo I se denomina *Indemnización de las víctimas de los accidentes de circulación*, y su artículo 1º establece que la ley se aplica *a las víctimas de un accidente de circulación en que esté implicado un vehículo terrestre a motor*. Del responsable nada se dice²⁰.

La idea de la responsabilidad objetiva que se ha impuesto en el ámbito del Derecho de Daños no tiene mayor acogida en la responsabilidad civil familiar en el ámbito interno, es decir, entre sus miembros, donde, por el contrario, el factor de atribución sigue siendo la culpa o el dolo, y más precisamente la culpa grave²¹ que, si bien no fue admitida en términos generales en el Código Civil argentino, sí lo fue en el Derecho de Familia.

Es que no puede considerarse al matrimonio como una actividad riesgosa ni tampoco pensarse que objetivamente se deba indemnizar el sufrimiento de uno de los cónyuges por el divorcio causado por el otro, si éste no fue culpable, aunque se produzca un daño grave a las afecciones, ya que, en la especie, ni el matrimonio es una actividad o acto riesgoso ni lo es el divorcio, y existe un derecho positivamente reconocido a casarse y a poner fin al matrimonio; por ello, el ejercicio de ese derecho sólo puede originar el deber de reparar si el factor de atribución fue el dolo o la culpa, y más precisamente, la culpa grave.

Lo expresado para el divorcio se aplica en la responsabilidad por falta de reconocimiento de hijo, en la responsabilidad por la ruptura intempestiva del noviazgo o del concubinato y, en general, en todas las relaciones familiares.

²⁰ LAMBERT FAIVRE, Ivonne, *L'évolution de la responsabilité civile. D'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, en R. T. D. C. 1987-1.

²¹ MEDINA, Graciela, *Daño extrapatrimonial en el Derecho de Familia y el Proyecto de Código Civil unificado de 1998*, en *Revista de Derecho de Daños*, Nº 6, *Daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 71.

Sin embargo, hay un dominio de la responsabilidad familiar donde reina la responsabilidad objetiva: en el supuesto “externo” (con terceros) de la responsabilidad de los daños producidos por los hijos menores, como lo veremos más adelante, en el Capítulo VI.

Por otra parte, se aplican también las reglas de la responsabilidad objetiva en los daños producidos entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio a consecuencia de un contrato o de un hecho ilícito; así, por ejemplo, en el supuesto de los daños producidos en el contrato de transporte de mercaderías cuando uno de los cónyuges es el transportista y el otro el dueño de la mercadería, o en los accidentes de circulación causados entre ambos cónyuges con los automotores de su titularidad.

2. La prescindencia de la antijuridicidad

Muchos autores señalan que nuevas soluciones en el ámbito del Derecho de Daños parten de la prescindencia del elemento antijuridicidad y su reconstrucción a partir de la noción del *daño injusto*²².

De modo que se repara el daño injustamente sufrido con independencia de la ilicitud de la conducta que lo ocasiona. Entre nosotros, De Lorenzo dice que la elaboración de la responsabilidad civil sobre la base de la antijuridicidad concebida como conducta contraria al orden jurídico, no sólo resulta desaconsejable en cuanto no suministra un parámetro adecuado para la solución de los innumerables conflictos de intereses que se suscitan a partir de conductas no prohibidas o ajustadas al ejercicio de un derecho, sino que, a los fines de lograr

²² Debe tenerse en cuenta que en el Derecho argentino, la noción tradicional es que la antijuridicidad constituye un elemento o presupuesto de la responsabilidad separado de la culpa (por todos, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge Horacio, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, N° 176, p. 88). Lo mismo sucede en el Derecho alemán, mientras que los franceses comprenden ambos presupuestos en la idea de *faute*; de todos modos, las consecuencias prácticas no son importantes: TUNC, ob. cit., N° 8, ps. 14/15. En el Derecho anglosajón no se plantean las cuestiones de este modo, pues se suele sintetizar la idea de la responsabilidad civil diciendo que los elementos de un *tort* son: un daño causado a otro, para lo cual la ley acuerda un remedio y que es independiente de toda relación contractual: TUNC, ob. cit., N° 10, p. 15.

una teoría funcional y dinámica del ilícito, se dilata hasta tal punto la noción que, en definitiva, se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla en un sistema valorativo de resultados *ex post facto*²³.

Se advierte entonces, como dice Pizarro, que comienza a gestarse un tránsito hacia una concepción material de la antijuridicidad²⁴.

En el ámbito del Derecho de la responsabilidad familiar entre los miembros de la familia, la antijuridicidad tiene una presencia muy fuerte, y cuando se admite la obligación de reparar siempre existe un acto antijurídico. Así, por ejemplo, cuando se admite la obligación de reparar en el divorcio o en la falta de reconocimiento de un hijo hay un deber jurídico violado y por ello se condena a indemnizar al dañador.

Pero no se advierte que en el Derecho de la responsabilidad familiar se acepte la obligación de reparar el daño injustamente causado, es decir, que se recepte la teoría del daño injusto; así, por ejemplo, no se condena a reparar la falta de amor o el desamor o la preferencia de un padre hacia un hijo matrimonial sobre el extramatrimonial, que evidentemente causa un daño pero que parte de la violación de deberes morales sin contenido jurídico.

Con respecto a la antijuridicidad, cabe señalar que mientras en la teoría general de la responsabilidad civil se avanza hacia la prescindencia de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, en el Derecho de Familia todavía subsisten algunas voces que requieren de la tipificación del hecho antijurídico para que surja la obligación de responder, lo que constituye un verdadero absurdo porque tal tipificación nunca fue un elemento necesario en nuestro Derecho. Así, se sostiene que como en las nulidades matrimoniales se ha tipificado la obligación de responder y nada se ha dicho en el ámbito del divorcio, o de la falta de reconocimiento de hijos, no se puede hacer lugar a la reparación de los daños por la falta de tipificación del ilícito en el Derecho familiar.

²³ DE LORENZO, Miguel Federico, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1996, N° 3, p. 22.

²⁴ PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, Buenos Aires, 1991, ps. 149 y ss.

3. Objetivación de la relación de causalidad

En el Derecho Privado argentino la relación de causalidad es un indiscutible presupuesto de la atribución de responsabilidad²⁵.

Sin embargo, la exigencia de una prueba acabada de la causalidad puede constituir un obstáculo para la reparación de ciertos daños; en particular, ello se evidencia en los daños nucleares, ambientales e, inclusive, en los derivados de accidentes de tránsito.

Por ello, se advierte que la relación de causalidad se prueba muchas veces con presunciones, o en algunos casos se invierte el orden de la carga de la prueba y hasta se ha llegado a suprimir, lisa y llanamente, su exigencia como presupuesto de la responsabilidad civil, o se ha llegado a eliminar la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad. Ello ocurre en la legislación comparada, por ejemplo: a) en el ámbito de los accidentes de circulación, la ley francesa Badinter (1985); b) en materia de daños nucleares, la Convención de París (firmada en el marco de la Organización Europea de Cooperación Económica)²⁶.

En el marco del Derecho de la responsabilidad familiar, la cuestión de la relación de causalidad no presenta ningún problema en los tópicos clásicos de la materia, cuales son la responsabilidad por daños derivados del divorcio, la responsabilidad por daños derivados de la falta

²⁵ Responde a la idea que puntualiza que para que un daño deba repararse jurídicamente es preciso que haya sido causado por el responsable, por sus subordinados o por sus cosas, animadas o inanimadas (ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba, 1980, N° 14, p. 29), o, en otros términos, tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Penal, la determinación del vínculo de causalidad permite establecer cuándo una consecuencia debe ser atribuida a la acción u omisión de una persona (GOLDENBERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1984, N° 16 y ss.).

Es además el criterio prevaleciente de la legislación de casi todos los países europeos, como lo demuestra un estudio comparatista: RODIÈRE, René (sous la direction de), *Faute et lien de causalité dans la responsabilité délictuelle dans les pays du Marché Commun*, Paris, 1983.

²⁶ Esta solución es también la de la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, dada en Viena en 1963, ratificada por la Argentina por ley 17.048. En ese caso, el explotador es responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a una catástrofe natural de carácter excepcional (art. IV, 3.b).

de reconocimiento de hijos o la responsabilidad por daños derivados de la ruptura del concubinato o de los esponsales, así como tampoco provoca dificultades en temas más modernos como el de los supuestos de daños producidos por relaciones contractuales existentes entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio.

Donde la relación de causalidad presenta sus aristas más difíciles es en la responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos o en la responsabilidad por nacimientos con graves deficiencias físicas.

Prueba del replanteo de la teoría de la relación de causalidad en estos casos la muestra el famoso precedente jurisprudencial francés “Arret Perouche”²⁷, en el cual se condenó a los médicos por la incapacidad grave con la que había nacido un niño a causa de la rubéola que había sufrido su madre durante el embarazo. Evidentemente, la causa de las gravísimas anomalías del niño fue la rubéola de su madre y no el error médico de no informar que ésta tenía rubéola, porque las deformidades no devinieron de la negligente información de los profesionales en el arte de curar sino de la enfermedad que sufría la madre; sin embargo, un fallo plenario de la Corte de Casación francesa condenó a los médicos y al centro médico a la reparación de los daños que la incapacidad le produciría al menor por el resto de su vida.

4. Reparación integral y extensión del daño resarcible

Hoy existe coincidencia en la regla de la reparación integral de los daños sufridos por la víctima, de modo que tanto los daños materiales como los no pecuniarios sean realmente indemnizados.

Ello se advierte en varios aspectos clave del Derecho contemporáneo, a saber:

- A) En el reconocimiento del derecho a la reparación de lo que genéricamente podemos llamar daño extrapatrimonial; nada queda de las tesis que limitaban la reparación al agravio moral, procedente sólo cuando se trataba de un delito que, a la vez,

²⁷ Fallo de la Corte de Casación francesa, en pleno, del 17-11-2000, “Arret Perouche”, N° 99-13701 (N° 457 PL).

fuese un delito del Derecho Penal. Hoy se admite la reparación amplia del daño moral, aun en el ámbito contractual. Y en punto a su valuación en concreto, en cada caso, se propician distintos criterios que tienden a evitar indemnizaciones irrisorias que, en definitiva, subsidian al dañador²⁸.

- B) De otro lado, la doctrina contemporánea ha tomado debida conciencia de que la exigencia de que sólo se indemnice el daño material efectivamente acreditado se convierte en un modo de dejar muchos daños sin ninguna reparación; de allí que un adecuado régimen de presunciones permita a veces sortear la falta de una prueba acabada²⁹.
- C) Se ha ampliado la extensión de la noción de daño resarcible, que originalmente se limitaba a la lesión a un derecho subjetivo y a un interés legítimo, y en la actualidad comprende la lesión al interés simple.

Sin embargo, en materia de Derecho de Familia, el concepto de reparación integral presenta barreras o dificultades para la delimitación de su extensión, sobre todo en lo que hace a los daños derivados del divorcio.

Una aplicación expresa del principio de la indemnización integral

²⁸ Por ejemplo, en materia de indemnización de daños causados por la prensa, se propicia que la indemnización "expropie" toda la utilidad que el medio de prensa ha obtenido con la publicación ofensiva: CNCiv., sala H, 29-3-96, "M. de D., R. c/Editorial Perfil SA -Rev. Noticias-", J. A. del 9-4-97 y L. L. del 5-7-97. En múltiples oportunidades, por la doctrina y jurisprudencia extranjeras, que han valuado el daño en función de la difusión que revela la cantidad de ejemplares que se venden de la publicación ofensiva, más los denominados lectores de kiosco que son los que se paran a mirar los títulos destacados (ver sent. del Tribunal Federal alemán del 15-11-94, comentada en A. D. C., t. LI, fasc. II, por WEYERS-KADNER, *Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania*, ps. 779/780); es el mismo criterio que mantiene la jurisprudencia francesa desde hace muchos años, en tanto manda resarcir en función de la cantidad de ejemplares difundidos, o de la probable ganancia obtenida por el medio de prensa con la noticia agravante: ver la nota de Raymond Lindon en Dalloz 1985-322; en el mismo sentido A. A. Alterini cita el caso "Belmondo", sent. del 13-2-71, J. C. P. 1971-II-16774.

²⁹ Esto se sostiene en punto a la responsabilidad por daños cometidos al prestigio o buen nombre de una sociedad comercial: RIVERA, Julio César, *La prueba del daño sufrido por las sociedades por la agresión a su reputación comercial (Breve exposición de la doctrina inglesa de la "trading reputation")*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 4, *La prueba del daño - I*, p. 219.

llevaría a afirmar que se deben indemnizar tanto los daños derivados de las causales que originaron el divorcio como los daños del divorcio en sí; sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina, así como los proyectos legislativos, se muestran vacilantes en esta materia aun cuando creemos que la tendencia dominante es a admitir la indemnización de los daños que provienen de las causales que originaron el divorcio y de los derivados del divorcio en sí, como lo veremos en extenso en el Capítulo II³⁰.

Por otra parte, la aceptación de la reparación del daño moral por la muerte se encuentra con la barrera insalvable en nuestro Derecho de que éste sólo puede ser reclamado por los herederos legítimos, y los miembros de las familias extramatrimoniales no lo son; así, se encuentran impedidos de una reparación integral en el daño moral la concubina, el compañero homosexual y el hijo conviviente en una familia ensamblada, aunque haya vivido veinte años con el marido y su madre y se encuentre unido a éste por vínculos afectivos innegables.

En cambio, es en el campo del Derecho de Familia donde va a tener honda repercusión la ampliación del daño a la lesión al interés simple, y es en esta área donde el concepto surgió en nuestra jurisprudencia y doctrina³¹.

5. Extensión de la noción de daño resarcible y de los legitimados para demandar indemnización

Al extenderse la noción de daño resarcible se extendieron también los legitimados para demandar, y ello tuvo una clarísima repercusión en el Derecho de Familia.

Con relación al daño resarcible, hasta no hace mucho tiempo un importante sector de la doctrina entendía que la reparación del daño exigía que él recayese sobre un *derecho subjetivo o un interés legíti-*

³⁰ El Proyecto de Código Civil de 1998 establece 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 artículo 1686".

³¹ CSJN, 11-9-86, L. L. 1987-A-373, con disidencia de Augusto Belluscio, caso "Montini c/Ferrocarriles Argentinos".

mo³², exigiendo que se produjese lesión a un bien jurídico protegido por el ordenamiento para que hubiese daño jurídico. De modo que en el caso de un hecho que hubiese causado la muerte de una persona, la conclusión a que se llegaba era que tenían legitimación para reclamar indemnización por esa muerte aquellos legitimados directamente por la ley o quienes pudiesen demostrar un daño a un derecho subjetivo o interés legítimo; así, quedaban legitimados los sujetos mencionados en el artículo 1085 del Código Civil³³.

En este contexto, la concubina carecía de legitimación para demandar por la muerte de su concubino, ya que en vida de él no tenía derecho subjetivo alguno; tampoco estaba legitimado para pretender la indemnización de su perjuicio el guardador de hecho, ni el novio, aunque a su novia se le diera muerte minutos antes de la ceremonia.

Estos criterios fueron siendo dejados de lado y paulatinamente se fue aceptando una interpretación amplia del artículo 1079 del Código Civil argentino³⁴, que llevó a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Montini c/Ferrocarriles”, admitiera una indemnización propuesta por el guardador de un menor, con fundamento en que no se debe prescindir de su vinculación con las normas constitucionales que hacen a la protección integral de la familia, ya que de alguna manera la convivencia del actor con los menores, de acuerdo a las reglas que rigen la guarda respectiva, ponía de manifiesto una situación familiar que obligaba a tomarla en consideración, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1079³⁵.

Advertimos, entonces, cómo la ampliación de los legitimados para reclamar los daños se ha producido en ámbitos del Derecho de Familia en casos de familias de hecho o de nuevas formas familiares. Claro

³² ORGAZ, *El daño resarcible* cit., N° 39, p. 98.

³³ “Art. 1085. El derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior, compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo, sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente, y por los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo”.

³⁴ “Art. 1079. La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”.

³⁵ CSJN, 11-9-86, L. L. 1987-A-373, con disidencia de Augusto Belluscio.

que en estos casos el interés del reclamante debe ser importante, no debe ser ilícito³⁶ y ha de ser probado, pues no hay presunción de daño como la que establecen los artículos 1084 y 1085 para los herederos forzosos.

La interpretación vigente de la legitimación indirecta abre el cauce a las reclamaciones de distintos sujetos. Así:

- *La madre de crianza o guardadora*. Ya en 1969, la Cámara Nacional en lo Civil, sala E, concedió indemnización a la guardadora de un menor, que le había sido entregado a muy corta edad, por el daño producido por la muerte de éste, fundado tanto en el sacrificio de haber criado y educado a la víctima como por la frustración de su legítima esperanza de obtener una ayuda en su vejez³⁷.
- *La concubina o concubino*. La jurisprudencia nacional destaca –a nuestro juicio, correctamente– que la legitimación de la concubina no procede de la existencia de la unión concubinaria (o sea, de la existencia de un derecho a exigir alimentos) sino de la prueba clara y concreta de que se ha sufrido un daño por la desaparición de la persona accidentada³⁸.

³⁶ Por ello, se ha discutido si se encuentra legitimado para demandar el concubino adulterino, que puede ser considerado ilícito. Esta doctrina se encuentra hoy superada, como lo veremos en el Cap. VII.

³⁷ CNCiv., sala E, 30-9-69, L. L. 138-526.

³⁸ A título de ejemplo se puede señalar que se ha admitido la acción indemnizatoria cuando la concubina probó que tenía cinco hijos con la víctima y que ésta era el sostén del hogar, pues es dable suponer que sus necesidades habrían continuado satisfaciéndose por el aporte del concubino: CNCiv., sala F, 3-12-91, L. L. 1992-E-2, y con el mismo criterio la ha rechazado cuando la pareja se distanciaba con frecuencia, tenía desavenencias, carecía de descendencia, en fin, no quedaba acreditado que hubiera intención de fundar una familia natural de manera permanente, o el concubinato era tan reciente que pudiera hacer pensar en una mera relación pasajera (CNCiv., sala A, 17-6-94, J. A. 1995-IV-156). La CCom. de Junín ha aplicado el mismo criterio sosteniendo que un concubinato con más de siete años de vigencia, del que nació una hija, lleva a la conclusión de que ha habido ayuda económica de la víctima hacia la mujer con quien convivía, por lo que queda acreditado un daño indemnizable (CNCiv., sala A, 17-6-94, J. A. 1995-IV-156). Así lo ha resuelto también la SCJBA, con fundamento en una interpretación amplia del art. 1079 (12-11-91, L. L. 1992-B-171, con nota de Stiglitz). Y, finalmente, ha sido reconocida la legitimación del concubino en fallo plenario de la CNCiv., en el que se estableció como doctrina: se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño

- *Hermanos*. Los hermanos son titulares de un interés legítimo en tanto son beneficiarios posibles de la obligación alimentaria, hoy sin distinción entre hermanos matrimoniales o extramatrimoniales. Están, pues, comprendidos en el artículo 1079, aun con la interpretación más estricta de esa norma. Eso sí, como no están comprendidos en la presunción de daño, deben probar el daño sufrido, que puede consistir en la chance de recibir alimentos.
- *Alimentador de hecho*. En la doctrina francesa se sostiene que después de la sentencia del 27 de febrero de 1970, nada se opone a que personas extrañas a la familia puedan reclamar la reparación de daños materiales (y morales) que ellos hayan sufrido personalmente a consecuencia del hecho reprochado al responsable. Entre ellos los novios, los sujetos incorporados a la familia sin estar jurídicamente adoptados y también las personas a las cuales la víctima inicial daba sus socorros o prodigaba cuidados regulares bruscamente interrumpidos por su muerte³⁹. Entre nosotros, la solución de este punto está debatida.
- *Novios*. En general, la doctrina sostenía la improcedencia de la reparación de los daños causados por la muerte del novio no conviviente⁴⁰ por no existir interés legítimo. Sin embargo, a poco que se profundice el tema se advierte que la cuestión debe cen-

patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen (CNCiv., en pleno, 4-4-95, J. A. 1995-II-201).

³⁹ Ver VINEY, Geneviève, *La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, 1982, p. 384; la autora citada recuerda el caso en que se concedió indemnización a la mujer abandonada por su marido, recibida por un cura con su hija y su nieta; comentario de esta sentencia en R. T. D. C. 1973-776.

⁴⁰ Si fuesen convivientes, normalmente la cuestión quedará subsumida en la indemnización del daño al concubino. Pero también puede suceder que la convivencia sea muy próxima en el tiempo y que el novio sobreviviente no pudiese probar la existencia de los recaudos que normalmente la jurisprudencia exige para la procedencia de la reparación del daño al concubino. Entonces, renace la cuestión de la indemnización al novio, sea por los daños materiales provocados por la frustración de la finalidad de gastos hechos en orden al futuro matrimonio, sea por el daño moral producido por la pérdida del proyecto de vida.

trarse en la existencia o no de intereses simples dañados por la muerte del novio. En este orden de ideas, Belluscio, Zannoni y otros autores⁴¹ sostienen la procedencia de la reparación del daño material, verbigracia, los gastos de la preparación de la boda, ajuar, participaciones, fiesta. Y también la del daño moral causado por la pérdida del proyecto destruido con la muerte del futuro cocontrayente. Esta última solución es muy dudosa en función del criterio restrictivo que existe en la legislación positiva vigente en materia de daño moral⁴².

6. *Nuevas perspectivas en materia de daño extrapatrimonial*

La cuestión del daño moral también tiene nuevos alcances; a la concepción tradicional del daño moral hoy se le alude el daño psicológico, el daño a la salud o el daño al proyecto de vida.

Estos nuevos daños generan problemas en cuanto a la legitimación para reclamarlos, porque, por ejemplo, el daño psicológico tiene un componente moral y un componente patrimonial, que es el relativo a los gastos de tratamiento. Ello plantea necesariamente la cuestión de quiénes pueden reclamar la reparación de tales daños; al respecto, Mosset Iturraspe razona que es discutible cuál es la suerte de los nuevos daños que la persona puede sufrir en su salud, vida de relación, proyectos de vida, daño psíquico, daño juvenil, etcétera; si tales daños tienen autonomía y no pueden identificarse o subsumirse en el daño moral –como en definitiva lo sostiene Lorenzetti bajo la denominación de daño a la persona–, no les alcanzarían las limitaciones que emergen de los artículos 1078 y 1099⁴³. En este sentido se orienta la doctrina

⁴¹ ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1993, N° 20, p. 59; BELLUSCIO, Augusto C., *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1974, t. 1, N° 127, p. 262.

⁴² En la jurisprudencia francesa se registran algunos casos recientes de reparación de daños causados por la frustración del matrimonio siempre que se probara su certidumbre o inminencia; las soluciones se fundan en la solución de la *Cassation* del 27-2-70 y alcanzan –además de a los novios– a los menores recibidos sin estar jurídicamente adoptados y también a las personas a las cuales la víctima inicial daba socorro o prodigaba cuidados regulares, bruscamente interrumpidos por su deceso.

⁴³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Accidentes de tránsito. Las víctimas. Legitimación activa*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 1, ps. 189 y ss.

francesa más reciente, y entre nosotros tiene el apoyo de un autor, quien sostiene que la pérdida de un hermano causa un perjuicio psicoafectivo que puede caracterizarse como daño psicológico indemnizable (es el duelo patológico)⁴⁴.

Por nuestra parte, consideramos que el aspecto patrimonial del daño psicológico, es decir, el gasto por tratamiento, no está alcanzado por los artículos 1078 y 1079 del Código Civil, lo que permite su reclamo a la concubina o al compañero homosexual⁴⁵.

En un segundo término, se tiende a admitir la demanda de reparación del daño moral sufrido por quien es muy próximo de la *víctima no mortal*. Nos explicamos: la legislación, la jurisprudencia y la doctrina se han referido casi siempre a la legitimación en el caso de muerte de la víctima inicial. Es que la lesión que no conduce a la muerte tiene —en principio— un solo damnificado: el lesionado, quien como tal es el titular de las acciones resarcitorias.

Sin embargo, en los últimos tiempos se viene produciendo una revisión de esta idea aparentemente hermética, justamente por su simpleza.

Es que se advierte que la presencia de una persona gravemente

⁴⁴ IRIBARNE, Pedro, *De los daños a las personas*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 464. En contra de estos criterios se pronuncia Bueres, para quien el daño a la persona puede generar daño patrimonial o daño moral, lo mismo que el daño a las cosas puede generar daño patrimonial o daño moral; en fin, el daño jurídico, como lesión a un interés, puede ser sólo patrimonial o moral (extrapatrimonial); no hay un tercer género. Para este autor las pregonadas autonomías de los llamados daño estético, psíquico o a la vida de relación dimanan de una incorrecta conceptualización del daño en sentido jurídico pues se apunta a los bienes menoscabados y no a los intereses conculcados. Es claro que si no se reconoce la pretendida autonomía de esos (aparentes) *nuevos daños*, y ellos son en definitiva lesiones a intereses extrapatrimoniales que jurídicamente son daños incluidos en la categoría del daño extrapatrimonial o daño moral, no hay extensión de la legitimación, la que en el Derecho vigente queda circunscripta en los términos del art. 1078, segundo párrafo. Señalamos que esto coincide con la tendencia del Derecho Comparado, que sigue siendo estricta en cuanto al resarcimiento del daño a los damnificados indirectos. En esta orientación puede destacarse una vieja resolución del Consejo de Europa (75.7) que, si bien propicia un resarcimiento amplio del daño patrimonial, propone limitar el resarcimiento del daño de afección a los padres, cónyuges, novios e hijos de la víctima inicial fallecida (BUERES, Alberto J., *El daño moral y su relación con las lesiones a la estética, la psique, a la vida de relación y a la persona en general*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, ps. 237 y ss.).

⁴⁵ MEDINA, Graciela, *Uniones de hecho. Homosexuales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 175 y ss.

lesionada es una fuente de lesión para terceros; verbigracia, un paráljico debe ser atendido por sus padres o por su cónyuge; éste se ve privado de tener relaciones sexuales en el ámbito del matrimonio y, por ende, de concebir hijos; los hijos, a tener una relación normal con su padre o madre, etcétera.

Esto ha llevado a los autores a pensar en la existencia de acciones resarcitorias del daño moral por la vía de la creación de nuevos bienes jurídicos, como la *serenidad doméstica*, que en el Derecho italiano permite a los padres reclamar por el *descalabro familiar* que se produce ante la incapacidad de un hijo⁴⁶.

En la doctrina⁴⁷ y en la jurisprudencia francesas se admiten tales acciones, que en definitiva persiguen la indemnización “de la desesperanza”, como lo señala un trabajo relativamente reciente⁴⁸. Y si bien en la doctrina se predicen posiciones restrictivas, tomando incluso en consideración recomendaciones hechas a nivel europeo⁴⁹, el criterio de la Casación es significativamente amplio⁵⁰.

La cuestión también ha llegado a los tribunales españoles. En un pronunciamiento relevante se ha dicho: “está basada en el interés manifiesto que resulta de un perjuicio directo consecuente con la nueva situación del lesionado, cuya parálisis tiende a empeorar y que, ac-

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 391.

⁴⁷ LAMBERT FAIVRE, Yvonne, *Droit du dommage corporel*, 3ª ed., Paris, 1996, N° 203, p. 283.

⁴⁸ BOURRIÉ-QUENILLET, Martine, *Le préjudice moral des proches d'une victime blessée. Dérive litigieuse ou prix du désespoir*, en J. C. P. 1998-I-186.

⁴⁹ En esta orientación, la resolución 75 del Consejo de Europa, que admite la indemnización de los sufrimientos psíquicos excepcionales de la víctima indirecta pero reducido al círculo del padre, la madre y el cónyuge de la víctima inicial; otros sujetos no pueden reclamar esta indemnización.

⁵⁰ La Corte de Casación ha adoptado la posición más liberal: “las dificultades causadas en la vida cotidiana son suficientes, y no han de exceder de manera notable el deber de asistencia entre esposos. La víctima tiene una sola prueba que producir: la de un perjuicio personal directo y cierto”: sent. del 23-5-77, “Martin c/Michelin”, D. 1977-IR-441, con nota de Christian Larroumet; también citada como regla de principio por BOURRIÉ-QUENILLET, ob. cit. La jurisprudencia posterior ni siquiera exige la comunidad de vida, si bien en tal caso la indemnización puede ser limitada: ver Cour d'Appel, Versailles, 3e. Chambre, 22-2-91, cit. por BOURRIÉ-QUENILLET, ob. cit., nota 21.

tualmente, no puede prácticamente valerse por sí mismo y carece de apetencias en las relaciones sexuales [...] lo que se traduce en una situación de su mujer conviviente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos deberes de atención al enfermo y pérdida de un importante elemento de las relaciones afectivas, lo que no supone estrictamente un daño físico, pero sí unos sufrimientos en el orden de los sentimientos afectivos más elementales que justifican la calificación de las consecuencias de hecho, para ella, como daño moral”⁵¹.

La jurisprudencia de nuestros tribunales se muestra reacia a admitirlo. En materia de familia es donde más se presentan los reclamos y la cuestión radica en resolver si tienen legitimación para demandar los hijos el perjuicio sufrido por los daños provocados por el divorcio de sus padres, o si tiene legitimación la madre soltera en demandar el perjuicio por la falta de reconocimiento de su hijo, preguntas éstas que abordaremos expresamente en los Capítulos II, punto VI.B, y IV, punto VII.

7. La responsabilidad civil como transferencia del costo del daño. Una imprescindible mirada al autor del daño

El régimen de la responsabilidad civil individual no deja de ser un mero proceso de transferencia del daño de un sujeto (la víctima) a otro (el dañador). En el Derecho de Familia cobra especialísima relevancia que el daño se produce en el ámbito que, por naturaleza, está destinado a la protección y a la contención, que es la familia, por ello se nota mucho más su injusticia, y se puede caer en condenas que provoquen más daño que aquel que se ha querido reparar.

En el escenario de la responsabilidad civil desvinculada del fenómeno familiar, ello se palia por la utilización del seguro, pero esta solución no se da en los daños producidos en el Derecho de Familia donde, para lograr un sistema socialmente eficaz, no debe perderse de vista al dañador.

No cabe duda de que el Derecho de la responsabilidad civil tiene como centro a la víctima, y por ende persigue la reparación del daño

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo del 9-2-88, transcrita por DE ÁNGEL YA-GÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 891.

que ella ha sufrido. El juicio de reproche tiene una recepción limitada en cuanto la conducta gravemente desaprensiva autoriza la pérdida de la limitación de la responsabilidad y la imposición de la multa civil; así, resulta indiscutible que hay que condenar al padre que se niega maliciosamente a reconocer a un hijo.

Pero ello no importa que el Derecho deba prescindir absolutamente de echar una mirada sobre el dañador. No se trata de llevar al causante del daño a la indigencia, a la privación de todo bien para satisfacer a su familia⁵²; no se puede desconocer la existencia de cargas familiares preexistentes ni conducirlo a la quiebra, pues ello puede importar un severo daño social⁵³, familiar y aun la insatisfacción de la víctima, ni de dejar de ponderar la existencia de ciertas conductas que, por su naturaleza o por las condiciones en que se ejercen, merecen un tratamiento más benevolente por parte del ordenamiento: el padre que no reconoce voluntariamente a su hijo y que exige una prueba anticipada de ADN no puede tener igual condena que aquel que no sólo se niega a reconocerlo, sino que se niega a la realización de las pruebas que descartarían su paternidad.

Esto no implica favorecer al dañador ni preferirlo en contra de la víctima sino de restablecer un cierto equilibrio. Bien ha señalado Mosset Iturraspe que “también en el área de los actos ilícitos se ha considerado que una reparación integral siempre y en todos los casos que pueda darse, resultará muchas veces idónea para conducir a injusticias mayores que las que se busca borrar”; de allí que haya debido darse a los jueces un poder de apreciación equitativo y forzosamente algo arbitrario en la aplicación de una serie de limitaciones⁵⁴.

⁵² Ver RIVERA, Julio César, *Los derechos de los acreedores en los concursos*, en E. D. 182-1691; allí se señala que la dignidad reconocida a toda persona exige la preservación de un mínimo de bienes que permitan al deudor conservar lo necesario para vivir dignamente él y su familia. Ése es el fundamento del catálogo de bienes excluidos del desapoderamiento propio de la quiebra y de la agresión de los acreedores en la ejecución individual.

⁵³ Con motivo de los juicios contra las empresas productoras de cigarrillos, se ha invocado un criterio según el cual no han de atribuirse indemnizaciones que puedan llevar a la quiebra de las empresas obligadas a pagarlas; lo mismo ocurre en el Derecho de Familia.

⁵⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. 1, *Parte general*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 403, N° 7.

Como concluye Alfredo Orgaz, se ha visto claramente que la compasión es también un elemento de la justicia, y que en materia de familia es, a menudo, la justicia misma⁵⁵.

Ello se ha visto reflejado en el artículo 1069 del Código Civil, reformado en 1968, el cual, a su vez, se ha inspirado en los códigos de este siglo que han introducido importantes rectificaciones a la doctrina tradicional, precisamente tomando en cuenta la situación patrimonial de los interesados⁵⁶; su recepción por la ley 17.711 fue motivo de elogiosos comentarios.

8. *Conclusión sobre la influencia de la evolución del Derecho de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia*

Los avances de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia son tomados con cautela; así, la idea de factores de atribución objetiva no es admitida, como tampoco la reparación integral del daño moral para la familia extramatrimonial.

Ello obedece a la diferente protección que le da el Estado a los distintos modelos de familia⁵⁷.

Por otra parte, la evolución del Derecho de la responsabilidad civil

⁵⁵ ORGAZ, *El daño resarcible* cit., p. 185.

⁵⁶ Orgaz apunta como antecedentes: Código portugués, art. 494; Código del Perú (de 1936), art. 1138; Código suizo de las Obligaciones, art. 44 (ob. y lug. cit.).

⁵⁷ Hemos dicho en otra obra que la posición del Derecho frente a las uniones que tienen como base la cohabitación pública y estable debe ser la de respeto, reconocimiento y diferenciación.

a) *Respeto*: el respeto a la libre determinación y a la vida privada de los hombres hace necesario que las uniones de hecho no sean perseguidas penalmente, ni discriminadas arbitrariamente.

b) *Reconocimiento*: el Derecho debe reconocer la existencia de uniones de hecho y, en consecuencia, concederles efectos jurídicos, en algunas áreas sobre la base del derecho a la orientación sexual internacionalmente propugnado.

c) *Diferenciación*: las uniones de hecho son diferentes a las uniones matrimoniales; esta natural distinción justifica que la posición del orden jurídico sea diferente. El Estado puede priorizar una unión sobre otra, teniendo en cuenta el valor que se le asigna. Así, la preferencia del Estado por la unión matrimonial sobre la unión de hecho tiene fundamentos razonables que la justifican jurídicamente e impiden que la distinción sea calificada de discriminatoria (*Los homosexuales y el derecho a casarse*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 273).

en orden a la reparación de los daños que afecten intereses simples ha representado sin duda enormes avances en orden a la reparación de las víctimas, porque ha permitido la indemnización de los daños por muerte del concubino o por muerte del guardador de hecho.

Pero ello también ha causado una suerte de “panresponsabilismo”: cada vez que alguien sufre un daño busca una indemnización económica, siempre que exista un responsable solvente a quien reclamar una indemnización, y en el Derecho de Familia hay un sinnúmero de obligaciones morales, cuyo incumplimiento escapa al ámbito de la Justicia y de la reparación. El desamor, las faltas afectivas, los rompimientos de compromisos sentimentales sin duda producen daños pero no se puede caer en la tentación de demandas folclóricas ni sentencias telúricas, como el supuesto jurisprudencial del abuelo que reclamaba por el daño moral que le producía tener un nieto extramatrimonial⁵⁸.

Con sumo acierto, Noemí Nicolau afirma que el régimen actual de la responsabilidad civil evidencia un humanismo paternalista que protege a la víctima, y ésta es su mayor justicia, pero, en ocasiones, lo hace de una manera un tanto desequilibrada. El próximo desafío será restaurar el equilibrio perdido⁵⁹.

IV. Relaciones de familia en las que se pretende la reparación del daño provocado por un integrante de la familia a otro miembro del grupo familiar

Dijimos en este capítulo que 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 a abordar son múltiples, entre ellos:

1. Daños producidos por el divorcio.

⁵⁸ Comentario a la sentencia de la CCom. de San Isidro, sala I, 19-9-2000, “R. de R. c/E.”, por CHECHILE, Ana M., *¿Es posible accionar por daño moral cuando el padre extramatrimonial ha reconocido espontáneamente a su hijo?*, en E. D. 191-189.

⁵⁹ NICOLAU, p. 51.

2. Daños producidos por la violencia doméstica.
3. Daños producidos por la ruptura de esponsales o de las uniones de hecho.
4. Daños producidos por la falta de reconocimiento de hijos.
5. Daños producidos por la transmisión de enfermedades a los hijos.
6. Daños producidos en la fecundación asistida.
7. Daños producidos por la nulidad de matrimonio.
8. Daños producidos por el abandono de personas.
9. Daños causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo.

De esta amplia temática abordaremos en la presente obra los seis primeros puntos, porque entendemos que los últimos tres han sido extensa y profundamente tratados en otras, a cuya lectura nos remitimos. Así, el tema de la responsabilidad por nulidad de matrimonio ha sido acabadamente estudiada en el libro de Belluscio, Zannoni y Kemelmajer de Carlucci, *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia*⁶⁰; el tema de la responsabilidad por abandono ha tenido un tratamiento insuperable en los trabajos de Donna, *Abandono de personas*⁶¹ y Rey y Reinessi, *Responsabilidad por abandono*⁶².

V. Relaciones de familia en las que se pretende la reparación del daño provocado por un tercero a un integrante de la familia

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 concubino, ni a un miembro de una pareja homosexual, ni a un guardador de hecho. Dentro de los supuestos en

⁶⁰ KEMELMAJER, ZANNONI y BELLUSCIO, *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia* cit., p. 85.

⁶¹ DONNA, Edgardo, *Abandono de personas*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2001-2, *Daños en las relaciones de familia*, 2001, p. 63.

⁶² REY, Rosa Nélida y RINESSI, Antonio Juan, *Responsabilidad civil por abandono*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2001-2, *Daños en las relaciones de familia*, p. 101.

los cuales el daño se produce a un miembro de un grupo familiar se pueden distinguir diferentes cuestiones que presentan problemáticas distintas:

1. Responsabilidad por muerte del concubino o compañero homosexual.
2. Responsabilidad por muerte del novio.
3. Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida.
4. *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy.*
5. Responsabilidad por muerte del hijo.
6. Responsabilidad por muerte del padre.
7. Responsabilidad por muerte del cónyuge.

Los cuatro primeros temas serán motivo de tratamiento específico en el marco de esta obra porque, si bien presentan como punto en común la circunstancia de que la víctima sea miembro de una familia, todos ellos tienen aristas especiales que merecen una profundización especial, teniendo fundamentalmente en cuenta la evolución jurisprudencial. No creemos necesario, en cambio, abocarnos al estudio de los últimos tres puntos, que se encuentran acabadamente desarrollados en la doctrina autoral y en los cuales la jurisprudencia ya ha marcado una línea de principios claros que dan seguridad tanto a quien aplique la norma como al intérprete de la misma.

VI. De los reclamos indemnizatorios de terceros por un hecho cometido por un miembro de la familia

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:

1. La responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos menores.
2. La responsabilidad de los guardadores de hecho y de los guardadores con fines de adopción por la responsabilidad de los menores sujetos a guarda.

VII. De los reclamos indemnizatorios entre cónyuges por circunstancias ajenas a la familia

Finalmente, abordaremos un tema nuevo en la doctrina argentina que es el concerniente a los daños que se producen entre los miembros de la familia por circunstancias ajenas a las relaciones familiares. En este tópico, el daño no se produce por el incumplimiento de un deber familiar o cuasi familiar sino por responsabilidad contractual o extracontractual entre los cónyuges o sus hijos. En el punto trataremos específicamente:

1. Los daños producidos por accidentes de circulación entre miembros de la familia.
2. Los daños producidos por responsabilidad contractual entre cónyuges.
3. La legitimación de los hijos para reclamar a uno de sus progenitores por la muerte de uno de sus padres en un accidente de circulación a consecuencias de la culpa del otro.

En el desarrollo de estos temas cobran importancia las normas del régimen patrimonial matrimonial donde se produzcan los hechos, la importancia que se le dé al rol de la autonomía de la voluntad y las cláusulas específicas establecidas con las compañías aseguradoras.