

Derecho de familia y responsabilidad civil

Principales supuestos e interacciones mutuas (*)

*Por Jorge Carlos Berbere Delgado (**)*

Evolución constante de ambas disciplinas jurídicas

Es de destacar como medida de análisis en cuanto a la vinculación existente entre estas dos disciplinas, el derechos de familia y el de responsabilidad civil, es que uno y otro han sufrido en su faz interna la influencia de los cambios en las costumbres y valores morales, siendo quizá las ramas del derecho privado que más transformaciones han experimentado en los últimos años.-

Las relaciones entre ambos derechos, frente a la insuficiencia o carencia de normas específicas que aborden tal vinculación, se ha visto desarrollada por el trabajo persistente de la doctrina, y en base a construcciones jurisprudenciales de alguna manera, a veces muy atinada, en otras quizá cuestionables y en perseverante cambio, llevan a una continua revisión y reflexión que inspiran sus principios y fundamentos, a la sazón de una realidad social dinámica y variable.-

Como bien señalan Mayo y Prevot sobre la situación de replanteo permanente de la responsabilidad civil, que de igual modo puede aplicarse al derecho de familia. Aseveran que “el derecho de la responsabilidad civil, bueno es decirlo, se encuentra en estos momentos actuales en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una dosis de restricción”[1].-

Lo cierto es que el impacto de una sobre la otra, ha atravesado distintas etapas desde la más absoluta indiferencia, salvo los específicamente aceptados por el plexo normativo, hasta la visualización en el plano jurisprudencial, donde se han aceptan casos de responsabilidad civil intrafamiliar.-

Es decir el criterio dogmático, ya abandonado por la jurisprudencia que definía el rechazo de la responsabilidad por daños emergentes de las relaciones familiares ha ido cambiando, estableciendo su procedencia frente al menoscabo de las afecciones pasibles de ser tuteladas y contempladas por diferentes acciones u omisiones surgidas de los comportamientos de los integrantes de una familia.-

Criterio de la inmunidad familiar, abandono de un sistema cerrado

La intimidad familiar que le confería un amplio margen de inmunidad, como la *piEDAD familiar*, que es la fuerza que congrega y une a los miembros de una familia y los dispone para enfrentar el quehacer social, ha sido siempre conceptos que han resistido a toda intervención estatal.[2]

La intimidad, la armonía, los afectos familiares, entre otros, eran los que por sobre todo se resguardaban, frente a cualquier circunstancia de intromisión, no sin que ello pudiese provocar ciertas circunstancias de injusticia, frente al orden individual. Es decir se priorizaba un sistema cerrado, donde el interés familiar estaba por encima de cualquier otro interés.-

Modelos en constante transformación

La situación descrita precedentemente, donde se valorizaba un régimen afianzado predominantemente íntimo y protegido, en la visión de un interés supra individual, se sostuvo firmemente hasta avanzado el siglo XX.-

A partir de allí, en que se produce una necesaria revalorización de la persona humana, su subjetividad, su dignidad individual y la priorización de los derechos fundamentales, no solo frente a los poderes públicos, sino también frente a los demás individuos, en todos los ámbitos de la vida social y familiar.-

Esta mirada a la individualidad, provocó una sustancial revisión y modificación de los principios que imperaban en el derecho de familia, es decir que aquellos que se basaban en la autoridad del padre, o del marido (art. 845 del CC), los poderes patriarcales o matriarcales dominantes, incondicionales, incuestionables, la supremacía en los derechos del hombre por sobre los de la mujer, los niños que eran objeto de intervención por los mayores, la autonomía de la voluntad que no tenía cabida en la organización familiar, hasta ahora resistida, eran preconceptos y formas reales de interrelación familiar, como sistema a proteger y respetar, transformaban como improbable o casi imposible, que se conminara a la reparación de un daño provocado, cuando entre el ofensor y la víctima existía un vínculo familiar, ya sea por un ilícito extracontractual o un menoscabo surgido de una relación contractual[3], impensada en otras épocas.-

Por esos cambios, que modificaron sustancialmente la forma de comunicación familiar, crearon nuevos paradigmas familiares, dando origen a otros modelos y conceptos de familia, con distintas dimensiones de compromisos y lazos afectivos, han llevado a una realidad social, con otros modelos de compromisos afectivos: *las familias monoparentales, las ensambladas, las binucleares (padres viven en*

Octubre 2010 www.afamse.org.ar

hogares diferentes), la familias convivientes hetero y homosexuales, llamadas familias extramatrimoniales, etc. Respecto de la comunicación familiar es interesante traer a colación la Recomendación del 3° Congreso Internacional de Derecho de Daños (Bs. As, 1993) en la que sostiene que “la privación de la adecuada comunicación con los hijos por el progenitor tenedor a quien no detenta la tenencia es una conducta antijurídica, en tanto ella implica el incumplimiento de los deberes jurídicos establecidos. Como acto ilícito hace nacer la responsabilidad civil del autor de indemnizar el daño que produce al otro progenitor. El daño puede ser tanto material como moral y para su apreciación deberá tenerse en cuenta la especialidad de las relaciones de familia. La responsabilidad estará en todos los casos basada exclusivamente en la imputabilidad subjetiva. La indemnización propiciada tiene una finalidad preventiva, resarcitoria y sancionadora”.-

En definitiva, como hemos venido describiendo a lo largo de estos últimos años, ambos derechos han sufrido transformaciones, ampliando su zona de impacto, pero fundamentalmente a través de interpretaciones conjugadas por la doctrina y la jurisprudencia que dejan evidentemente un manto de incertidumbre sobre cada caso en cuestión.-

Causas concretas que motivan los cambios en ambas disciplinas

El derecho de familia, se ha visto impactado por innumerables factores, como ser los adelantos científicos, fundamentalmente en la biología, los cambios en la organización interna de la familia, la convivencia, la sexualidad, el cambio de reglas y valores morales, el cambio de una estructura jerarquizada y vertical, a una estructura igualitaria y horizontal, tanto en la toma de decisiones concretas de las relaciones personales de sus miembros, como la función proveedora de las necesidades familiares.-

Asimismo la responsabilidad civil o responsabilidad por daños, también ha recorrido un camino importante transformación y evolución, y ha impregnado a todo el Derecho Privado. El resarcimiento por consecuencias dañosas emergentes de los actos ilícitos ha sufrido un importante desarrollo en el siglo XX, desde, al decir de Josserand, “alcanzaba una sola lección para el tratamiento de la responsabilidad en el Derecho Civil”, hasta hoy día, donde todo el derecho se ha impregnado con el análisis y discusión, de las consecuencias disvaliosas que pueda sufrir el individuo, por el hecho de pertenecer a una sociedad organizada.-

En la actualidad y desde hace más de cincuenta años se ha desplegado nuevos principios que impactan en el derecho de la responsabilidad, como lo ha sostenido el Profesor Mosset Iturraspe “...La revalorización de la persona humana, de su integridad física y espiritual, unido a un mayor celo en el cuidado de las relaciones jurídicas, de los bienes que componen el patrimonio...y tiene que ver con el despertar al conocimiento de la prerrogativas y facultades, con el conocimiento de las posibilidades que el ordenamiento jurídico otorga a las víctimas. Se ha pasado de la ficción del “derecho conocido” en muchos lugares, incluido nuestro país, a una toma de conciencia real.”

Como expresáramos, la evolución del Derecho de Familia, considerado hasta no hace mucho tiempo como un derecho autosuficiente, también ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar, como lo expresara el ilustre catedrático mencionado precedentemente, en lo pertinente al derecho de la responsabilidad civil.-

En las relaciones de familia ya no existen prerrogativas familiares que permitan que un miembro de la familia cause un daño a otro miembro de la misma familia y
Octubre 2010 www.afamse.org.ar

se exima de responder por su conducta, como consecuencia de existir un vínculo familiar frente a una visión de sistema cerrado.-

Como hemos expresado, hasta hace un tiempo, y en especial los códigos decimonónicos, no se incluyeron normas de responsabilidad en el derecho de familia, salvo, algunas referentes a la nulidad del matrimonio y en alguna medida la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de los hijos menores.-

En función a esa realidad social analizada y la escasas reglamentaria para fundar con claridad que factores deben tenerse en cuenta para la interrelación entre el derecho de la responsabilidad y el derecho de familia, ha movilizó al constante estudio y reformulación de sus preceptos, teniéndose en cuenta la fundamental dimensión teleológica, en consideración a las consecuencias valiosas o disvaliosas, que provoca tal ocurrencia.-

Doblo ámbito a considerarse en cuanto a la relación entre ambos derechos

En cualquiera de los órdenes conceptuales expresados precedentemente, podemos; ya sea la concepción familiar tradicional, o las llamadas familias con características propias, como las ensambladas, monoparentales, u otras que ha concebido el posmodernismo, entendemos que la familia es un sistema complejo, que impacta en una dimensión interna, como áreas de interrelación intrafamiliar, como hacia el afuera, en una dimensión externa, en la relación bidireccional respecto de terceros.-

Aspecto externo, vinculación con terceros

El **aspecto externo**, definido como aquel que vincula a los terceros, por el hecho dañoso, que sufre un miembro del grupo familiar. En esta dimensión el efecto es diferente, si en un accidente de tránsito se da muerte a un hombre o mujer, soltero o soltera, a un padre o madre de familia, a un guardador de hecho, o a una persona conviviente, frente a otra que no posee esas características.-

La cuestión más debatida es si los miembros de la familia pueden ejercer directamente reclamos por los perjuicios sufridos por la pérdida, si los parientes están legitimados para el reclamo por daño, por los daños propios extrapatrimoniales, al ser víctimas indirectas del daño directo sufrido por la víctima pariente. Por ejemplo en el supuesto que un niño sufre un accidente de circulación y queda con secuelas físicas irreversibles, si los padres pueden reclamar por los daños patrimoniales y morales propios sufridos, como consecuencia de un hecho de un tercero vinculado por lazos familiares.-

Aspectos internos, vinculación entre miembros propios

El **aspecto interno** está configurado por los producidos entre miembros de una misma familia entre sí. Más allá de los daños emergentes de la nulidad de matrimonio que encuentran respuesta normativa en el artículo 225 de CC., y los daños que deben responder los padres por los hechos ilícitos de los hijos menores, (art. 1114 del CC) se ha desarrollado distintas hipótesis que han tenido acogida en nuestros Tribunales.-

Casos concretos en ambas dimensiones

Tomado ambos aspectos podemos abordar distintos supuestos de hechos

antijurídicos que pretenden ser reparados desde una visión de las relaciones familiares:

Los **casos concretos que en el aspecto interno** se puede considerar los siguientes planteos: los daños producidos por el divorcio, producidos por la ruptura de uniones de hecho, noviazgos, daños emergentes por la falta de reconocimiento de hijos, daños producidos por la violencia doméstica, daños producidos por la fecundación asistida, por la misma concepción natural, daños producidos por la obstaculización del derecho a la adecuada comunicación del padre no conviviente con su hijo, por parte del otro progenitor; daños emergentes de la nulidad de matrimonio, abandono de personas, daños producidos a los hijos por la separación de sus padres, entre otros.-

Los **casos en el aspecto externo**, a saber: -responsabilidad por lesiones irreparables del cónyuge o los hijos en relación a la legitimación por los daños indirectos; responsabilidad por muerte del conviviente; responsabilidad por muerte del novio; responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida.-

Otros casos, que pueden reunir la visión de ambas dimensiones, como ser de responsabilidad civil entre cónyuges por circunstancias ajenas al vínculo familiar; a saber; -daños por accidentes de tránsito entre miembros de la familia; legitimación de los hijos de reclamar a uno de sus padres culpables de la muerte del otro progenitor en un accidente de tránsito; daños producidos por la responsabilidad contractual entre cónyuges, emergentes de la individualidad patrimonial en el esquema actual del régimen patrimonial matrimonial.-

Análisis de los presupuestos de la Responsabilidad Civil, y las características propias de su función en el ámbito del Derecho de Familia.-

Principales supuestos de Interacciones mutuas.-

Entendemos la necesidad, analizar los presupuestos de la responsabilidad civil y su recepción en la responsabilidad familiar por daños, en función que esos presupuestos deben subsumirse a las características propias del derecho de familia.-

LA ANTIJURIDICIDAD su visión actual en el derecho de daños y la interacción en el derecho de familia.-

La concepción actual de la antijuridicidad o el denominado incumplimiento objetivo o material, en el ámbito del derecho de daños, ha tendido a su prescindencia o corrimiento como presupuesto básico y sustancial de la responsabilidad, virando la mirada hacia el *daño injusto*. Es decir prima el criterio en la teoría general de que se debe reparar el daño injustamente sufrido con autonomía de la ilicitud de la conducta que lo ocasiona.-

Ese presupuesto necesario que primaba como criterio hasta algunos años, ha dado paso al dejar de lado la antijuridicidad, concebida como conducta contraria al orden jurídico, atento a que se torna insuficiente, toda vez que no da solución a innumerables conflictos de intereses que se originan a partir de conductas no prohibidas, o enmarcadas dentro de la legalidad.[4]

Al respecto, la mirada actual se coloca en que el presupuesto de la reparación debe centrarse en la *injusticia del perjuicio* verificándose cuando se ha lesionado un interés digno de protección, o no opuesto al ordenamiento jurídico.-

En el derecho de familia, dentro del esquema reparatorio, entre los miembros de la familia, la antijuridicidad o el incumplimiento objetivo o material, se presenta como un presupuesto fundamental, que sigue siendo básico para la tipificación de la responsabilidad familiar.-

Esto es así, puesto que cuando se admite la obligación resarcitoria familiar, siempre se considera que debe existir un acto antijurídico.-

Cuando se admite la obligación resarcitoria en el divorcio, o en la falta de reconocimiento de un hijo, se observa el quebrantamiento de un deber jurídico violado, y por ello se establece la sanción a indemnizar al autor del daño.-

Entendemos que la observancia, como elemento configurativo de la responsabilidad al daño injusto, no se compadece con el criterio determinante en la mirada del derecho de la responsabilidad familiar, esto es así puesto que no se condena el desamor o la ausencia de cariño, o la preferencia que un padre puede tener por un hijo matrimonial a uno extramatrimonial, pero que puede violar deberes morales pero no deberes materiales u objetivos amparados por norma alguna.-

OBJETIVACION DE LA RELACION DE CAUSALIDAD, no se observa impacto en el derecho de familia.-

El criterio en el derecho de daños es que para que un perjuicio deba ser reparado jurídicamente es preciso que haya sido causado por el responsable, por sus dependientes, o por sus cosas, animadas o inanimadas.[5] Pero además para que corra la reparación no basta con la existencia del daño concreto sino que además debe existir una relación de titularidad que legitima y viabiliza el derecho a accionar. Pues de lo contrario como señala María Isabel Benavente “no habrá daño”[6].-

La función del presupuesto causal, es el nexo adecuado, razonable, previsible entre el obrar y el resultado dañoso. Al respecto ha tenido especial gravitación la “Teoría de la Causalidad Adecuada”, por la que se tiene que verificar la adecuación de la causa en función de la posibilidad o probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece, según lo indica la experiencia diaria en el orden al curso normal de los acontecimientos.[7]

Se prueba la relación de causalidad, con presunciones; en ocasiones se invierte la carga de la prueba, hasta se llega a la supresión de la misma, también se ha llegado a eliminar la responsabilidad de la víctima en el hecho como causa eximente.-

En el ámbito del derecho de familia, el presupuesto de la relación causal no presenta inconvenientes en las cuestiones clásicas de la materia, por ejemplo en los daños derivados del divorcio, de la falta de reconocimiento de un hijo, de la ruptura del noviazgo en los casos de su procedencia, en los casos de reparación de las relaciones contractuales existentes entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio.-

Podría presentar dificultad en los antecedentes de relación causal en la responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos o en la responsabilidad por nacimientos con graves deficiencias físicas.-

En este caso cabe destacar que el caso de la Corte de Casación francesa que Graciela Medina trajo a colación en su estudio sobre esta temática[8]. En el fallo “Arret Perouche” se condenó a una institución de salud y a unos médicos que no detectaron la rubeola de una madre embarazada, que le ocasionó incapacidades graves a un niño por esa enfermedad durante el embarazo de su madre. Las deformaciones no devinieron de la negligente información de los profesionales en el arte de curar sino de la enfermedad que sufría la madre. Sin embargo sancionaron a los médicos y a la institución sanitaria por los daños que la incapacidad le produciría al menor para el resto de su vida.-

Factor de atribución – Corrimiento por la teoría del riesgo o la actividad riesgosa incidencia en el Derecho de Familia

Debemos remarcar que el factor de atribución de la responsabilidad, sustentado fundamentalmente en la culpa, sufrió un retroceso desde fines del siglo XIX, a partir de la concepción de la teoría del riesgo. Es decir que el principio que expresaba que “no hay responsabilidad sin culpa” (pas de responsabilite san faute), ha declinado, y más precisamente ha decrecido la responsabilidad individual.-

Lo cierto es que, fundamentalmente a partir de la máquina y su incidencia que marcó la revolución industrial, y en este derrotero todas las nuevas tecnologías de avances realmente sorprendentes impactaron en el escenario de los daños. Con la

diferencia estos se producen sin que exista una responsabilidad individual o culpa. Por bien señala Rivera que se advierte un retroceso de la culpa.-

Así se ha pasado a la “actividad riesgosa” como factor de atribución. Los daños que una sociedad tecnificada, posindustrial, no pueden encontrar respuesta para la responsabilidad por daños, en el diseño tradicional de la responsabilidad por culpa, ni tampoco ceñirse en un criterio de imputación objetiva por la intervención de cosas riesgosas o viciosas. En definitiva su denominador común es la derivación de una *actividad riesgosa*.-

La mirada esta puesta en el daño ocasionado a la víctima, desplazando el reproche moral a la conducta individual del dañador, a los efectos de la reparación del perjuicio provocado.-

Este principio de responsabilidad objetiva que ha sido el nuevo paradigma en el derecho de daños, no tiene mayor acogida en la responsabilidad civil familiar, en el ámbito de las relaciones internas, puesto el factor de atribución por excelencia es el dolo o la culpa y más precisamente la culpa grave[9].-

Claro, que no es de aplicación en el ámbito familiar, puesto que no puede considerarse al matrimonio como una actividad de riesgo, menos aún avanzar, en zonas personalísimas. Sería irrazonable la indemnización del sufrimiento de uno de los cónyuges por el divorcio causado por el otro, siempre y cuando no fue culpable. Porque allí se impacta en un escenario de intimidad (léase cariño, afecto), además actuar en este sentido sería privar del derecho positivo de una persona de finalizar un matrimonio.-

Podría observarse algún caso excepcional de responsabilidad objetiva entre cónyuges con contratos de transporte, mercadería perdida o dañado en ocasión del transporte de uno de ellos.-

Apreciación de la reparación integral, y extensión del daño resarcible en el derecho de familia.-

En el ámbito del derecho de familia, concordamos con Graciela Medina que el concepto de reparación integral presenta dificultades para la delimitación de su extensión, sobre todo en lo que hace a los daños derivados del divorcio[10].-

En los términos de indemnización integral 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. Este supuesto solo puede ser aplicado en los juicios de reproche, que eviten ya traen en sí mismos a una responsabilidad preferente y específica como sanción para el culpable.-

En otro orden de cosas, la aceptación de la reparación del daño moral por la muerte de un integrante de la familia, en un supuesto de daño en un accidente de circulación, se encuentra con la barrera insalvable de que en nuestra legislación solo puede ser reclamado por los herederos forzosos (art. 1078).-

Sobre este punto es importante destacar el planteo que hicieron los hermanos de una víctima de accidente de tránsito quienes reclamaron el resarcimiento del daño moral y, para tal cometido, solicitaron la tacha de inconstitucionalidad del artículo 1078 que oportunamente fue rechazado por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul con el voto de Jorge Mario Galdós[11].-

Lo cierto es que la jurisprudencia ha admitido en algunos fallos la ampliación para reclamar por daños y perjuicios dejando de lado la limitación dispuesta por el artículo en cuestión, inclusive algunos han resuelto por su inconstitucionalidad. En este punto Matilde Zavala de González se inclina directamente por tachar el artículo de una inconstitucionalidad manifiesta al no existir “una armonización posible entre el art. 1078 y los principios que emanan de la Constitución”[12]. Esta definición la hace en el marco de la pretensión de resarcimiento de un daño moral reclamados por concubinos que fueron rechazados en sede judicial.-

A mí parecer esta temática fue zanjada satisfactoriamente por el plenario de la Cámara Civil de la Ciudad de Buenos Aires. En su voto, Greco, se decide por una interpretación amplia del instituto señalando que *“el empleo de la locución herederos forzosos no se ha hecho con el significado técnico que tiene en el derecho sucesorio sino que connota una comunidad de afectos de la que cabe inferir el daño moral que a estos les causa la violenta supresión de una vida por acto ilícito de un tercero. No es que el cónyuge, hijos y progenitores tengan el monopolio del dolor por la muerte del propincuo, pero esta realidad, fundada en lo que ordinariamente acontece, sirvió para establecer esa presunción de daño moral. La denegación de la legitimación a otros parientes no legitimarios –por ejemplo, los hermanos- que también pueden experimentar daño moral, entra dentro del ámbito del arbitrio legislativo”*[13]

Pero haciendo una interpretación restrictiva del artículo 1078 CC, por ejemplo, los miembros de una unión de hecho se encuentran impedidos para petitionar la reparación íntegra del daño moral a la conviviente, al compañero homosexual, al hijo conviviente de una familia ensamblada, aunque haya vivido toda la vida con el marido de su madre.-

Lo importante aquí es establecer un criterio que no le cierre a las puertas a otros damnificados que precisamente ven vedado la posibilidad de ser resarcidos por el mismo ordenamiento jurídico y han debido que ser socorridos por otras fuentes propias del derecho. Porque la cuestión no parece solucionarse con agregar una nómina de posibles legitimados como algunos sostienen sino, más bien, con establecer un criterio de conectividad con la víctima, debidamente fundado.-

En tal sentido algunos mencionan la noción del afecto o alguna otra pauta que presuma una ostensible interacción entre las partes que se desenvuelvan en el ámbito de lo familiar. Pero lo familiar no debe acotarse a la visión nuclear, sino a las distintas manifestaciones que son producto precisamente del afecto y del deseo de comunión que el ordenamiento jurídico no debe desproteger.-

Por otra parte, en relación al daño resarcible, se ha entendido hasta hace poco tiempo, que la reparación del daño exigía que el recayese sobre un derecho subjetivo o un interés legítimo, exigiendo por ende que se causase lesión a un bien jurídico protegido por el ordenamiento para que hubiese daño jurídico. Por ende los que podían exigir una indemnización por muerte, es decir los legitimados, son aquellos legitimados directamente por la ley o quienes pudiesen demostrar un daño a un derecho subjetivo o interés legítimo, están entonces legitimados los sujetos mencionados en el art. 1085 del CC.[14]

Por tal circunstancia la conviviente carecería de legitimación para demandar por la muerte de su conviviente, el guardador de hecho tampoco, ni el novio, aunque a su novia se le diera muerte minutos antes de la ceremonia matrimonial.-

Estos temperamentos están siendo dejados de lado por la jurisprudencia encontrando una salida a través de la interpretación amplia del art. 1079 del CC. [15] Supuesto del hijo cuadripléjico, por los sufrimiento de los padres.-

En caso del cónyuge que sufre un accidente grave, como consecuencia de ello el otro se ve privado de tener relaciones sexuales en el ámbito matrimonial y por ende de concebir hijos, los hijos a tener relaciones normales con su padre o madre.-

También cabe remarcar que han aparecidos nuevos criterios jurídicos, que bien Medina denomina como “bienes jurídicos”[16] que ampliaron el ámbito de resarcimiento del daño moral. En tal sentido se ha tomado del derecho italiano la *serenidad doméstica*, que permite, verbigracia, a los progenitores reclamar por los daños irreparables y profundos que impactan en la esfera familiar como la incapacidad de un hijo.-

Otros dilemas a reflexionar en materia de derecho de familia y que son de difícil resolución, son los daños sufridos por los hijos por el divorcio de sus padres, los de la madre soltera en demandar el perjuicio ocasionado por el no reconocimiento de su hijo, etc.-

Su encuadre constitucional

La evolución del derecho constitucional en relación a proteger derechos fundamentales que hacen a la integridad humana terminó en definitiva impactado en el derecho privado, renuente de alguna manera a tomar como fuente los plexos operativos constitucionales para ceñirse al ámbito insondable y extenso del

derecho civil. Sin embargo, como apunta Benavente, “la incorporación de diversos tratados al bloque de constitucionalidad ha motivado que la comunidad jurídica ponga en tela de juicio algunos institutos y propicie la derogación de otros que no se consideran compatibles con el ordenamiento supra legal actualmente vigente”[17]

Coincidiendo con la misma autora podemos decir que existen elementos del derecho positivo que conforman el bloque de constitucionalidad de nuestro país que avalen una postura de interpretación amplia del concepto de familia y den paso a nuevos sujetos de derecho. En primer término podemos mencionar el artículo 5 del Pacto de San José de Costa Rica que dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, como así también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que indica que la estructura familiar no puede ser “concebida solo en su dimensión nuclear, debiendo asignarse al vínculo fraterno el lugar que le corresponde por naturaleza”.-

Asimismo Bidart Campos[18], remarcó que "el derecho privado se ocupa del llamado 'derecho de daños'. Constitucionalmente no es errado hablar de un derecho al resarcimiento y a la reparación del daño, e incluirlo entre los derechos implícitos; el artículo 17 lo ha previsto en materia de expropiación, y surge asimismo ahora del artículo 41 en materia ambiental, a más del caso específico de la reparación por el error judicial, que cuenta con normas en Tratados de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional". En suma a través de estas previsiones el derecho de daños tiene rango constitucional.-

En tal sentido Benavente aseguró que, por ejemplo, el artículo 1078 CC no se encuentra en pugna “con estas directivas, como así tampoco que abiertamente y

en forma abstracta contraría el orden constitucional ni que sea en sí mismo irrazonable”[19]. Esta apreciación no parece para nada descabellada pero también se debe indicar que ante la naturaleza de los acontecimientos actuales y en el marco de la evolución del derecho de daños en el ámbito del derecho de familiar, la actual redacción del artículo 1078 CC y de otros termina siendo definitivamente insuficiente. No por ello, concuerdo con la autora, debe ser este como otros artículos, tachados de inconstitucionalidad pero sí coadyuvados con otros elementos del ordenamiento jurídico que subsidiariamente suplan esta deficiencia con el fin de promover soluciones justas y no dejen de lado pretensiones más intensas que las nominadas por el ordenamiento jurídico positivo.-

En este caso es importante resaltar que la jurisprudencia del Corte Suprema de Justicia avala la interpretación integral del ordenamiento jurídico propugnando que estas no sean leídas como compartimentos estancos sino como estamentos que conforman un plexo integral y asociado.-

Derecho comparado

Hemos podido observar, que también existe un debate constante en relación al vínculo existente en estas dos ramas del derecho, contando en el contexto de universal países donde se apartan de un sistema abierto, en cuanto a que la familia sigue siendo un sistema íntimo, hasta sistemas donde la mirada del individuo supera toda barrera de protección colectiva.-

- Costa Rica

En Costa Rica expresamente en su artículo 48 BIS se enuncia que de “disolverse

el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil”.-

- Bolivia

En Bolivia en el artículo 144 del Código de Familia se admite la posibilidad de un resarcimiento. En este caso el artículo señala que “independientemente, el cónyuge culpable puede ser condenado al resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio”.-

- Brasil

En tanto en Brasil ha sido su Superior Tribunal de Justicia quien sostuvo la viabilidad de una indemnización por daño moral en una demanda de divorcio que debe ser afrontada por el cónyuge responsable exclusivo de la separación de la pareja[20].-

- Uruguay

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º turno en su sentencia Nro. 15[21] siguió el criterio de la Cámara Nacional Civil de la Argentina sosteniendo que no había razón fundada para excluir a la familia del derecho de daños, especialmente si en la causales de divorcio se advierten la realización de actos que pueden ser encuadrados ilícitamente.-

En el mismo fallo sobre los daños derivados del incumplimiento de los deberes de la patria potestad, el tribunal uruguayo sostuvo que “el incumplimiento de los deberes u obligaciones derivados de la patria potestad, debe tener como consecuencia las respuestas adecuadas del orden jurídico tanto en el plano del Derecho de Familia, como desde el punto del Derecho penal y en su caso, como en autos, se habilita el reclamo por responsabilidad civil.”[22]

Fallos vinculados a la materia

Por daños derivados del divorcio

El fallo G., G. c. B. de G., S. M. E. [23]

Mediante un fallo plenario la Cámara en pleno debatió sobre si es posible la reparación del daño moral que es ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos de los hechos que desembocaron como causales de divorcio, inclinándose por una resolución afirmativa.-

En tal aspecto en el dictamen de mayoría los magistrados coincidieron que la indemnización por daños y perjuicios que resultan del divorcio no está consagrada explícitamente en nuestro ordenamiento, si solo partimos de una interpretación restrictiva y no integral de las normas que rigen el derecho privado.-

De este modo citó a una serie de destacados profesores que se inclinaban por la negativa. Recordó para ello las posturas Juan Bibiloni, Guillermo Borda, Jorge

Llambías, Alberto Molinario, y Enrique Díaz de Guijarro. Así Bibiloni en su Anteproyecto apuntaba a eliminar toda referencia al daño moral en el artículo 1078 CC, Borda rechazaba también la acción de daños y perjuicios en base a la moral y buenas costumbres, como así tampoco las admitía Llambías. Por su parte, Molinario se pronunciaba por su rechazo habida cuenta que no existía una norma vigente que diera paso a su consideración, y en tanto Díaz de Guijarro tenía una opinión similar a la de Borda.-

Sin embargo, destacó la aparición de una nueva doctrina sí favorable a admitir este tipo de resarcimiento de la mano de Juan Rébora quien fue el primero en inclinarse en tal aspecto siguiendo la doctrina asentada en los tribunales franceses e italianos. Esta postura fue continuada por prestigiosos juristas de la talla de Elías Guastavino, Alberto Spota, Augusto Belluscio, Jorge Mazzinghi, Jorge Mosset Iturraspe, Eduardo Zannoni y Eduardo Bossert, entre otros.-

Aunque reconoce “la ausencia de normas particulares que llevaron al divorcio”, la Cámara en pleno sostuvo “que la ausencia de normas particulares en la materia no puede ser aducida para inhibir la indemnización”. A lo que añade que “el principio de especialidad que domina al derecho de familia, no constituye obstáculo para obviar principios de la responsabilidad civil como son las disposiciones expresas contenidas en los artículos 1077, 1078, 1109, y concordantes del CC que por su generalidad también son aplicables cuando los hechos que dan lugar a divorcio se deriva daños al cónyuge inocente”.-

Agrega además, fundamentando su pronunciamiento afirmativo del fallo en cuestión, que “la satisfacción de la víctima del daño moral generado por los hechos que desencadenaron el divorcio, no se alcanza con la sanción de culpabilidad para el ofensor, lo que explica que si se atiende a las finalidades

indemnizatorias deba imponerse en forma paralela el correspondiente resarcimiento”.-

Otro punto a destacar es cuando los magistrados se refieren respecto que un pronunciamiento favorable atentaría contra la moral y las buenas costumbres. Significaron que “tampoco se advierten tintes inmorales en el reclamo indemnizatorio del daño moral en tratamiento, ni tampoco que su reconocimiento conlleve el estigma de la indignidad. Muy por el contrario, la ética reñida con el derecho si en materia de daños morales conectados con las causales del divorcio se concluyera que la reparación se limita a la simple declaración de culpa del ofensor”.-

En tanto el dictamen de minoría sostuvo que “por las características propias de la institución del matrimonio que atiende a una realidad vital de convivencia y afinidades, fundada en el amor y la tolerancia recíprocas, en modo alguno cabría aplicar normas que son propias del ámbito comercial o relativas a la responsabilidad por hechos ilícitos”. A lo que añade que “el régimen de sanciones que determina el divorcio es autónomo tanto por la inexistencia de normas precisas y concordantes en otros dispositivos legales, como por la naturaleza propia y exclusiva de la regulación de la familia, por lo que no es dable sostener la aplicación de normas comunes de responsabilidad y condenar al culpable a una satisfacción pecuniaria que se añada a las sanciones que específicamente contemple la ley para tales conductas”.-

La respuesta positiva funda entonces su decisión a que el derecho de familia no puede apartarse de las normas comunes que rigen la responsabilidad civil. No se puede analizar el derecho de familia como un fenómeno autónomo y separado de la totalidad del ordenamiento vigente. Porque además tampoco pueden

interpretarse una norma omitiendo los principios del derecho. Así bien destaca Marcelo López Mesa que “un principio jurídico fundamental es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, que informa la totalidad del mismo y es valorado de modo expreso en múltiples y diferentes normas, en las cuales el jurista se ve precisado a advertirlo”[24]

Ya que, en definitiva, se estaría imponiendo un manto de impunidad sobre conductas que impactan sobre la víctima, limitándose a una simple declaración de culpa, y deslindando de su correspondiente responsabilidad. Porque además la interpretación de las normas debe ser congruente con la totalidad del plexo normativo. Apuntar a una consideración distinta terminaría cayendo en una jerarquización de daños, es decir, inclusive se estaría alentando un accionar disvalioso.-

Otra discusión a tener en cuenta es si la acción por daños y perjuicios sobre la materia lesiona la moral y las buenas costumbres. A prima facie, es cierto que en este caso no parece absurdo e irrazonable señalar que con la interpretación congruente con los presupuestos de la responsabilidad civil se estaría introduciendo un ámbito de negocios jurídicos contrapuestos a los valores fundantes del matrimonio. Pero solo a primera vista, habida cuenta que de un análisis más detallado del caso se desprende la conformación de elementos que intensifican la protección del matrimonio y de la persona. Teniendo en cuenta para ello que el bloque de constitucionalidad, la doctrina y la jurisprudencia, considera a la familia (en sus distintas representaciones) la célula indispensable para la sustentabilidad de una comunidad.-

El fallo Ares, Alberto Rodolfo y Rimoldi, Ada Olinda s/ divorcio art. 214 inc. 2do. Código Civil”[25]

En el caso de marras el Sr. Ares promovió demanda de divorcio contra su esposa, doña Ada Rimoldi, atento al art. 214 inc. 2 del CC. La esposa al contestar la demanda reconvino al actor por las causales de adulterio, injurias graves y abandono y malicioso del hogar conyugal. Asimismo reclamó el resarcimiento por parte de su esposo por su accionar por la suma de cien mil pesos en concepto de daño moral.-

Siguiendo el fallo plenario consignado previamente el juez dispuso la condena por un monto de quince mil pesos al actor en concepto de daño moral. Para ello se explayó significando que la “decisión plenaria no obliga a los jueces a acceder automáticamente a los reclamos por daños morales efectuados por un cónyuge ante el decreto de divorcio por culpa de otro, esto es, el derecho a indemnización no necesariamente tendrá nacimiento en todos los supuestos de divorcio por alguna de las causales del art. 202 del CC”. Para ello, según el juez, deben verificarse los presupuestos de responsabilidad extracontractual “a saber, antijuricidad, imputabilidad, daño, relación de causalidad”. Remarca además que la fijación del “quantum resarcitorio” queda al arbitrio “prudente” del estamento judicial.-

Por reclamos emergentes de la filiación

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L (CNCiv) (SalaL) CNCiv., sala L ~ 2009-03-31 ~ S., M. G. y otro c. D., H. H.[26]

El caso se trata de un juicio de filiación donde la madre, en representación de su hija menor de edad, inicia una demanda por paternidad extramatrimonial y por

daño moral al supuesto padre biológico, quien no nunca había llevado adelante el reconocimiento voluntario. Al realizarse las pruebas biológicas dando un resultado positivo el demandado reconoció voluntariamente a su hija menor, lo que llevó a que en primera instancia se declarase abstracto el tratamiento de la filiación y se rechazara el daño moral. En segunda instancia la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, modificó el fallo de grado y condenó a pagar un monto de 30 mil pesos en concepto de daño moral.-

Lo concreto es que en este caso debemos recordar que la paternidad extramatrimonial está consagrada en el art. 247 CC[27]. Asimismo tal como señala Néstor Solari “la conducta omisiva del progenitor debe ser catalogada de antijurídica, pues existe un deber legal de los padres en reconocer a sus hijos. Ello, en tanto haya tenido conocimiento del hijo que se le atribuye y su probable paternidad”.-

Solari además reseña una novedosa jurisprudencia que concede el daño moral motivado en la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial siempre y cuando quede “acreditado que el demandado tuvo conocimiento del embarazo mientras mantenía una relación sentimental con la madre, lo que implica que el renuente sabía de la existencia de su hijo”.-

Es decir, lo que sanciona es la conducta reticente al reconocimiento, no la circunstancia de haber tenido un hijo. Aquí entonces queda evidenciado que si tomamos al derecho de familia como un régimen autónomo, el hecho solo quedaría librado a una posterior acción por reclamo de alimentos sin que esa reticencia tenga consecuencias sobre el demandado. Ahora si estas conductas son analizadas desde un enfoque integral, tomando los elementos sancionatorios propios de los institutos del derecho privado, se estaría previniendo la reticencia a

reconocer la paternidad habida cuenta que la misma terminaría impactando en su esfera patrimonial. Esta evolución jurisprudencial ciertamente es respaldatoria de la familia y del interés superior del niño.-

CCiv. y Com., Mercedes, sala II ~ 2007/12/18 ~ García, María Cristina c. Clavero, Oscar Norberto s/filiación e indemnización[28]

En un caso similar dictaminó la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Mercedes. Con la diferencia que en primera instancia sí se había condenado al padre a la reparación del daño moral, cifra que luego incrementada en segunda instancia.-

La Cámara sostuvo que a los fines de condenar por daño moral no es relevante la demora en iniciar, por parte de la madre, la acción de determinación de la paternidad. Ante ello salvaguarda y apunta a reparar el sufrimiento del menor. De igual modo, en este caso, a pesar de no existir una norma expresa, la jurisprudencia es dúctil para aplicar los principios generales de la responsabilidad civil.-

Un elemento importante para cuantificar el daño es el criterio aportado por el tribunal que incrementó el monto bajo la consideración que el demandado dispuso una serie de medidas dilatorias del proceso. Respecto del mismo coincidimos con Solari que “debe prevalecer un criterio restrictivo, es decir, solamente cuando dicha conducta surge manifiesta y clara hacia la dilación del proceso. Ello así, porque siempre deberá tenerse presente que la defensa en juicio es un derecho constitucional del demandado, pudiendo ejercer sus defensas y articulaciones de fondo y procesales que le brinda el ordenamiento jurídico”.-

Sin embargo, más allá de respetar las herramientas que prevé el debido proceso, parece altamente razonable otorgar una sanción teniendo en cuenta que la dilación del proceso conspira abiertamente contra la salud psíquica de la menor. Siendo esta manifiesta cuaja perfectamente un incremento en el quantum del monto resarcitorio. Esto sin embargo no debe llevarnos a confrontar las reglas del debido proceso con el interés superior del niño, sino en remarcar que aquellas conductas manifiestamente dilatorias deben ser sancionadas directamente en el monto de la condena.-

Otra cuestión es si debe incidir en la cuantificación del daño el hecho que la acción haya sido entablada muchos años después de haberse producido el nacimiento. En este caso la alzada señaló esta dilación no se configura como una causa para disminuir la responsabilidad del padre, habida cuenta que la causa directa es la omisión del reconocimiento paterno.-

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Santiago del Estero. Álvarez, Sara B. c. Gerez, Juan Manuel[29]

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª. Nominación, de Santiago del Estero, por unanimidad, siguiendo con los criterios precedentemente mencionados señaló que la omisión del reconocimiento espontáneo de un hijo configura un hecho ilícito que genera derecho a la indemnización por daño moral.-

Sin embargo el punto interesante del fallo fue la negativa a la pretensión del daño material. En tal sentido, el tribunal señaló que los daños materiales forman parte de esfera de lo extracontractual. Pero continuó diferenciando los tipos de daños

entre los extra patrimoniales y los patrimoniales. Como patrimoniales el tribunal calificó a los gastos médicos y el incumplimiento del deber alimentario, entre otros. Mientras que para los extrapatrimoniales sostuvo que pueden encuadrarse, verbigracia, al daño moral. Entonces primero el encuadramiento, para pasar luego a un análisis de lo extracontractual y de seguido a una discriminación entre lo patrimonial y lo extrapatrimonial.-

Recordemos que en el caso la actora reclama el daño moral y el daño material. Pero sustenta este reclamo con la falta de pago de las cuotas alimentarias, y lo exige a pesar de no haber existido un emplazamiento del estado familiar. Reclamo al mismo tiempo ambos institutos a pesar que surjan de fuentes obligacionales distintas.-

Señala Solari en su comentario al este fallo que “el error, a nuestro entender, es asociar el rubro del daño material, consecuencia de la responsabilidad civil, con la obligación alimentaria, que derivada de la patria potestad. Ello así, en virtud de que la fuente de la obligación de una y otra no puede confundirse. La obligación alimentaria es uno de los deberes surgidos de la patria potestad, por la cual los padres deben alimentar a sus hijos conforme su condición y fortuna (conf. art. 265, C.C.). Si no ha habido emplazamiento en el vínculo filial, mal puede esperarse dicha obligación alimentaria, consecuencia lógica del estado de familia”.-

Y agrega que “remitir el daño material al ámbito de la obligación alimentaria — pretendiendo una superposición de una y otra— es erróneo porque, los alimentos nacerán con el emplazamiento en el vínculo filial. De manera que si la acción de reclamación del hijo es entablada después de muchos años de su nacimiento, todo ese tiempo transcurrido, habría importado la pérdida del derecho de pedir alimentos, en virtud de la patria potestad. Deberá conformarse, en materia de

resarcimiento, con el rubro del daño moral”.-

Ampliación de la legitimación del 1.078 CC

L. A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro[30]

En un fallo clave para esclarecer cuestiones sustanciales en esta materia tomó lugar en un hospital de la provincia de Buenos Aires. Allí un niño de cuatro años, como consecuencia de una mala praxis médica, sufrió una incapacidad total y permanente. Debido a ello la Cámara dispuso una indemnización por daño moral para cada uno de los progenitores y, a favor del menor, estableció una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender a los gastos periódicos de tratamiento futuro. Frente a ello el Estado provincial planteó un recurso de inaplicabilidad de ley contra dicha resolución, señalando una violación al art. 1078 del Cód. Civil, que fue rechazado por la Corte que terminó declarando la inconstitucionalidad del artículo en ciernes.-

De este modo deja abierto un criterio jurisprudencial que amplía la nómina de legitimados que impone el art. 1078 CC, o mejor dicho no restringe esa nómina, declarando su inconstitucionalidad, habida cuenta que comprueba la certeza del daño moral que impacta en los progenitores.-

En tal sentido Roncoroni se refiere, luego de congraciarse con el dolor terrible que sufren los padres al tener que afrontar esta situación altamente dañosa, que el artículo 1078 del Código Civil “adoptó un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del agravio moral. Acorde con dicho precepto, solamente el damnificado directo tiene acción para reclamar la

indemnización de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso los padres, carecen de legitimación por ser ellos damnificados indirectos. Dicho en otros términos, si S. A. hubiera fallecido como consecuencia del daño cerebral ocasionado por la sobredosis de anestesia, sus progenitores hubieran podido reclamar la reparación del agravio moral que la pérdida del hijo produjo”.-

Añade que “la existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son, a mi entender suficientes, para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado”. Dispone entonces la inconstitucionalidad del artículo por “confrontar materialmente con el art. 16 de la Constitución nacional”.-

Por su parte Negri sostiene que “cualquiera haya sido la intención del legislador al establecer el límite que ha impuesto en el art. 1078 del Código Civil, lo cierto es que al intérprete le cabe siempre la posibilidad (y hasta el deber) de una renovada lectura”. Finalmente, Lázzari en razón de la irrazonabilidad del artículo 1078 CC, dictaminó su inconstitucionalidad en cuanto limita la legitimación activa para reclamar el daño moral en un acto ilícito.-

A su vez cabe remarcar que en esta materia el debate es intenso, sobre todo, teniendo en cuenta que al no existir una nómina y al abrirse jurisprudencialmente la ampliación de legitimados se ha dado paso a una innumerable actividad tribunalicia. Así como la Corte provincial admitió la ampliación la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul[31] rechazó el planteo de contemplar como

legitimados a los hermanos de una de las víctimas que fallecieron en un accidente de tránsito en un estricto cumplimiento e interpretación del artículo 1.078 del CC.-

Reflexiones finales

Frente al avance que representa la admisión de la responsabilidad civil en el campo de las relaciones familiares, no debe interpretarse desde un criterio de aplicación generalizada e indiscriminada por supuestos perjuicios causados entre miembros de la familia como tales, puesto que el exceso en las reclamaciones, donde su acogida o su rechazo puedan provocar mayores perjuicios que beneficios, tanto a los propios actores, que pueden verse atrapados en el rencor o el dolor de una frustración familiar que los lleva a un litigio innecesario, como a terceros miembros de esa familia, que en ocasiones se hallan alcanzados por esos conflictos.-

Es decir no podemos propugnar por una apertura indiscriminada y arbitraria a que cualquier menoscabo que signifique responsabilidad, sino que serán los jueces que en el respeto por los vínculo familiares, los estremos constitucionales y los principios generales del derecho, tendrán para cada caso concreto, establecer la razonabilidad de interés a tutelar, sin dejar de observar en un plano interdisciplinario y/o diría transdisciplinario, el interés familiar en su análisis global del impacto que su resolución tenga en todos los miembros de la familia.-

Pero también no está de más destacar que los pronunciamientos provenientes de la doctrina y de la jurisprudencia terminan por revertir una situación de desequilibrio que se desprende del análisis taxativo del ordenamiento jurídico vigente, si tomamos para ello solamente al derecho de familia como un régimen

autónomo, aislado de las normas que conforman el régimen de responsabilidad civil.-

Más allá que destacados juristas se pronunciaron, precisamente, por un régimen autónomo en lo que respecta a las pautas sancionatorias del derecho de familia, lo cierto es que en muchos casos termina siendo insuficiente hasta hartamente injusto la solución brindada. Aquí no es irrazonable conformar un bloque de resguardo frente a las acciones disvaliosas que se podrían ocasionar y que no se encuentran puntualmente descriptas en el ordenamiento vigente.-

En este caso debe fijarse una cosa, y acá hago referencia al fallo del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Buenos Aires, que cualquier régimen, sea el de familia o el de responsabilidad civil, resultan escasos para arribar a las soluciones que finalmente se adoptaron. Tuvieron para ello que acudir a interpretaciones que en rigor de verdad se ajustaron, a mi parecer, a las soluciones más razonables y prudentes.-

Lo cierto, y como ya señalé anteriormente, la interacción entre el derecho de familia y el derecho de daños, en su derrotero irreversible de ampliación de su zona de impacto, se nutre fundamentalmente a través de interpretaciones conjugadas por la doctrina y la jurisprudencia que dejan evidentemente un manto de incertidumbre sobre cada caso en cuestión. Por eso es importante avanzar en materia de derecho positivo para no seguir contribuyendo a estado inseguridad jurídica.-

(*) Congreso Internacional de Derecho Privado. “El Derecho Privado en el Bicentenario de la Revolución de Mayo”. Trelew – Chubut. Mayo 2010

(**) Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas de la UBA Año 1977

Título Post-Grado: Master en Sociología - Maestría en Sociología del Este de Europa. Otorgado por Sociologiky Ustav Akademie Ued Ceske Republiky y Universidad Nacional de Lomas de Zamora. -Año 1995.

Ejerce la profesión en forma liberal desde año 1977.

Asesor Letrado, de la “Bolsa de Comercio de Buenos Aires”, en el Departamento Contrataciones - año 1978 a 1980.

Asesor legislativo de la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Bs.As, 1992, 1993, 1994.-

Asesor Legislativo del Diputado Nacional Dr. Claudio Mendoza.- Interviniendo en la redacción de los siguientes proyectos legislativos: Fecundación Asistida, Tráfico de Menores, Mayoría de Edad. Años 1992, 1993, 1994. 1995.

Asesor Legislativo de la Diputada Nacional Lic. María Rita D’Errico, Legisladora Integrante de las Comisiones Legislativas de la Honorable Cámara de Diputados, de Minoridad y Familia; Comisión de Salud y la Comisión de Cultura.-. Año 1998, 1999.-

Asesor de la “Comisión Nacional de Biociencia y Derechos Humanos”,

Octubre 2010

www.afamse.org.ar

dependiente del Ministerio del Interior de la República Argentina. Buenos Aires, 1994, 1995.-

Asesor Letrado de la "Secretaría de Agricultura Ganadería y Pesca de la Nación" en la Dirección General de Administración de la Secretaría - año 1992/93.-

Asesor Legislativo, las "Comisiones de Salud" y de "Mujer, Minoridad y Familia" de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación", años 1999 y 00.-

Profesor adjunto regular por concurso en Derecho de Familia y de las Sucesiones, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.-

Profesor Adjunto de Derecho Civil Parte General, en la Cátedra del Dr. José Tobías, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.-

Profesor de Postgrado en la misma facultad en la especialidad Derecho de Familia.-

Profesor Titular Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Argentina "John F. Kennedy".

Ex Profesor Titular de la Materia de Derecho Civil Parte General, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores. (1999/2003)

Ex Profesor Titular de Derecho de Familia y Sucesiones, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. (1998/1999)

Participa como expositor en eventos Nacionales, como ponente en Congresos Nacionales e Internacionales, en temas de Derecho Privado.

Autor de publicaciones, relacionados con temas de Derecho Privado, Bioética y Derecho Informático.

[1] MAYO Jorge y PREVOT Juan Manuel, La Responsabilidad Civil hoy, 7 de mayo de 2008 , La Ley 2008-C.

[2] La idea de "Paz Familiar" es visualizada en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, rechazándose un pedido de inconstitucionalidad en un juicio Octubre 2010

de filiación, presentado por el supuesto padre biológico que inicia una acción de impugnación de la paternidad matrimonial, afirmando que el hijo matrimonial, no era hijo del marido sino suyo, peticionando la inconstitucionalidad del art. 259 del CC., que le restringía la legitimación. (SC Mendoza, Sala I, 12/5/2005 . LLGran Cuyo, 2005-662) “*No implica penalizar a quien quiere asumir sus responsabilidades de padre a toda costa ni negar los adelantos de las pruebas científicas, ni los nuevos conceptos sociales. Se trata de no ejercer injerencias estatales en la vida íntima y familiar de una persona en formación, y de priorizar su interés superior real, no abstracto, cuya determinación, por el momento, está en manos de las personas a las cuales la ley atribuye la calidad de padres y no en la de los jueces*”. En su voto de Kemelmajer de Carlucci

[3] La idea de independencia, separación, individualidad entre los sujetos matrimoniales, tanto en el ámbito de las relaciones personales como patrimoniales, ha provocado diversidad de relaciones impensadas hasta hace no mucho tiempo, autorizándose a que los cónyuges pudiesen contratar entre sí y por lo tanto se les apliquen las reglas de la responsabilidad contractual, lo que provoca una responsabilidad en relación con sus bienes, cualquiera fuere el carácter de ellos ya sean propios o gananciales.-

[4] DE LORENZO Miguel Federico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires. 1996, Nro. 3

[5] ORGAZ Alfredo. *El daño resarcible*. Córdoba 1980, Nro. 14, pág. 29.

[6] BENAVENTE, María Isabel; *De la legitimación activa de los hermanos para reclamar daño moral por muerte*; 15 de octubre de 2008 . La Ley 2008-F.

[7] GOLDENBERG Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. P 32

[8] MEDINA Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Ed. Rubinzal- Culzoni. 2002, Pág. 26.

[9]MEDINA Graciela. “*Daño extrapatrimonial en el Derecho de Familia y el* Octubre 2010 www.afamse.org.ar

Proyecto de Código Civil Unificado de 1998” Revista de Derecho de Daños, N^o 6, Daño Moral Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1999, pág. 71

[10] Op.cit., Pág. 28

[11] CCiv. y com. de Azul, Sala II “G.J.D y otra c. Ibarra, M”, RCyS, 2005, con nota de Jorge Mayo.

[12] ZAVALA DE GONZÁLEZ, María, Daño existencial por muerte de un concubino, Revista de responsabilidad civil y seguros, La Ley, Pág. 33.

[13] Citado en BENAVENTE, María Isabel; *De la legitimación activa de los hermanos para reclamar daño moral por muerte*; 15 de octubre de 2008 . La Ley 2008-F

[14] Art. 1.084. Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla.

Art. 1.085. 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.

[15] Art. 1.079. 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.

[16]Op.Cit.

[17] Op.cit.

[18] BIDART CAMPOS, GERMAN, Manual de la Constitución Reformada", t. II, Ediar 1997, p. 110.

[19] Op.cit.

[20] STJ , Tercera Turma, Resp. 37.051, DJU 25.06.2001

[21] "AA C/ AB – Daño Moral", Ficha 46-321/2003.

[22] Op. Cit.

[23] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, 20/9/1994 , La Ley 1994-E, 538.

[24] Gambino, Stella M.; López Mesa, Marcelo. Someras reflexiones en torno a los principios generales del derecho, su alcance y aplicación; LLPatagonia 2004 (agosto), 430.

[25] Expte. Nro. 2.748/05, "Ares Alberto Rodolfo y Rimoldi Ada Olinda s/ divorcio art. 214 inc. 2 Código Civil".

[26] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L (CNCiv) (Sala L) CNCiv., sala L ~ 2009-03-31 ~ S., M. G. y otro c. D., H. H. LA LEY 20/10/2009 , 4, Con nota de Néstor E. Solari.

[27] "La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación."

[28] CCiv. y Com., Mercedes, sala II ~ 2007/12/18 ~ García, María Cristina c. Clavero, Oscar Norberto s/filiación e indemnización; LLBA2008 (julio), 607 – RC y S 2008, 670; Con nota de Néstor E. Solari.

[29] LLNOA2006 (agosto), 757; Con nota de Néstor E. Solari.

[30] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, -L. A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro, Publicado en: DJ 2007-II, 453, con nota de Marisa Gabriela López Bravo; RCyS 2007, 854 - LLBA 2007 (junio), 505, con nota de Marisa Gabriela López Bravo; LA LEY 20/06/2007 , 8, con nota de Roberto A.

Meneghini; LA LEY 2007-C, 671, con nota de Roberto A. Meneghini; DJ 2007-II, 680, con nota de Matilde Zavala de González; LA LEY 16/07/2007, 5, con nota de Juan Carlos Boragina; Jorge Alfredo Meza; LA LEY 2007-D, 372, con nota de Juan Carlos Boragina; Jorge Alfredo Meza; LA LEY 07/09/2007, 5, con nota de Matilde Zavala de González; LA LEY 2007-E, 345, con nota de Matilde Zavala de González; LLBA 2007 (setiembre), 870, con nota de Graciela B. Ritto; Pedro Marcelo Sexe; LA LEY 19/10/2007, 4, con nota de María M. Agoglia; LA LEY 2007-F, 73, con nota de María M. Agoglia; LLP 2008 (marzo), 260, con nota de María M. Agoglia;

[31]CCiv. y Com de Azul; "G., J.D. y otra c. Ibarra, M", RCyS, 2005, con nota aprobatoria de Jorge Mayo.