

Acerca de la necesaria visión de la responsabilidad por daños intrafamiliar a la luz de la teoría general del Derecho

POR **MARÍA VICTORIA SCHIRO**(*)

Sumario: I. La Teoría General del Derecho.- Consideraciones generales de la comparación entre las ramas que confluyen en la responsabilidad por daños intrafamiliar.- II. Reflexiones de síntesis frente a la actualidad de la responsabilidad por daños intrafamiliar desde la teoría general del Derecho.- III. Bibliografía.

Resumen: la responsabilidad por daños intrafamiliar debe comprenderse a la luz de las tres dimensiones del mundo jurídico, y a través del empleo de las herramientas de la teoría general del derecho, que nos brindan una visión integral del fenómeno en estudio. A través de ello, se puede corroborar que la simple reunión de los elementos de la responsabilidad no nos determina de por sí la resarcibilidad, sino a riesgo de aislar las soluciones de la responsabilidad por daños. Asimismo, las soluciones de aislamiento del derecho de las familias, ocultas bajo la apariencia de defensa de su especialidad, pero sin atender a los derechos de cada uno de los miembros de la familia en sus relaciones familiares, nos conducen a dejar carentes de reparación situaciones que la norma no contempla. Las soluciones de integración entre ambas ramas, siempre merced al análisis integrado de la realidad fáctica, las normas y los valores, nos permiten apreciar el fenómeno familiar en la posmodernidad, en cuyo marco, como dijimos, las familias se convirtieron en un espacio de personalización de la persona en cuanto tal. La complejidad de las problemáticas que acaecen en su seno, lejos de requerir antagonismos entre ramas jurídicas que se disputen su regulación, requiere de un análisis complejo y profundo para hallar cuál es la disciplina que le tribute al conflicto familiar la mejor solución.

Palabras claves: responsabilidad por daños intrafamiliar - Teoría General del Derecho

(*) Prof. asociada de Derecho de las Familias, Derecho Sucesorio, y Bioderecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires. Vicedirectora, Centro de Estudios Jurídicos de la Persona y de la Familia, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires. Magíster en Derecho Privado, Doctora en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

About the necessary vision of the responsibility for intrafamily damages in the light of the general theory of law

Keywords: *responsibility for intrafamily damages - General Theory of Law*

Abstract: *responsibility for intrafamily damages must be understood in light of the three dimensions of the legal world, and through the use of the tools of the general theory of law, which provide us with a comprehensive vision of the phenomenon under study. Through this, it can be corroborated that the simple meeting of the elements of responsibility, does not determine in itself the compensability, but at the risk of isolating the solutions of the responsibility for damages. Likewise, the solutions of isolation of family law, hidden under the guise of defending their specialty, but without paying attention to the rights of each of the family members in their family relationships, lead us to leave situations lacking in reparation. that the norm does not contemplate. The integration solutions between both branches, always thanks to the integrated analysis of factual reality, norms and values, allow us to appreciate the family phenomenon in postmodernity, in which framework, as we said, families became a space of personalization of the person as such. The complexity of the problems that occur within it, far from requiring antagonisms between legal branches that dispute its regulation, requires a complex and profound analysis to find which is the discipline that gives the family conflict the best solution.*

I. La Teoría General del Derecho. Consideraciones generales de la evolución y comparación entre las ramas que confluyen en la responsabilidad por daños intrafamiliar

Nos enseña el profesor Ciuro Caldani que la Teoría general del Derecho está llamada a contribuir a que la ciencia jurídica se haga cargo del desafío de la complejidad, que es uno de los más significativos de nuestro tiempo. Si bien la simplicidad pura de las disciplinas particulares contribuyó al desenvolvimiento científico, hoy cabe llegar a una “complejidad pura” de la consideración integrada de todas las partes del sistema (Ciuro Caldani, 2002, p. 29).

La alocución “general”, como pretensión de la teoría respecto de lo jurídico, puede significar lo común y lo abarcativo de todas las ramas del mundo jurídico (Ciuro Caldani, 1999, p. 37). Las “ramas” del derecho son áreas diferenciadas signadas por especiales requerimientos de justicia respecto de la realidad social y las normas (Ciuro Caldani, 1996, p. 66). Tales ramas, dotadas de autonomía material en el conjunto del derecho, pueden tener otras autonomías en los aspectos legislativos, jurisdiccionales, científicos, docentes y pedagógicos. “En definitiva, importa apreciar que las perspectivas de la comprensión del conjunto del mundo jurídico y de sus partes se enriquecen recíprocamente” (Ciuro Caldani, 1996, p. 66).

Por ello, en el marco del fenómeno de la responsabilidad por daños intrafamiliar, cabe analizar qué es lo que tienen en “común” hoy ambas disciplinas en estudio, lo cual a su vez nos permite descubrir lo “particular” de cada una de ellas, puesto que las ramas del mundo jurídico comportan realidades que cambian en el espacio y en el tiempo, pero conservan cierta identidad que permiten diferenciarlas (Ciuro Caldani, 1998, p. 51). A la vez, el enfoque “abarcativo” nos brinda la comparación de ambas ramas jurídicas y sus soluciones, y la relación que entre las mismas se entabla, desarrollando tal perspectiva al analizar cada una de las relaciones jurídicas familiares en particular.

En virtud de que las ramas del mundo jurídico configuran, entonces, áreas jurídicas con características sociológicas, normológicas y axiológicas comunes, pero también particulares, que adquieren rasgos especiales interrelacionados, es que describiremos los mencionados caracteres de las ramas que se ponen en contacto en la particular temática abordada. Los rasgos definitorios que las mismas presentan en la posmodernidad son los que se han erigido como propiciatorios de su confluencia, y de la posibilidad de aplicación de las soluciones brindadas por una rama jurídica a las relaciones jurídicas que otrora se traslucían como patrimonio de exclusiva regulación por parte del derecho de las familias. En definitiva, se evidenciará la posibilidad de su integración. Tal fenómeno no es casual, sino que emerge de un contexto sociológico-axio-normológico favorable a tal interpenetración.

La posmodernidad exhibe un debilitamiento de la razón abstracta y una crisis del sujeto, una diversidad de superficie y una radical uniformidad utilitaria en lo profundo (Ciuro Caldani, 1996, p. 66).

Desde fines de la modernidad, nuevas fuentes de energía y planteos de la relatividad y de la crisis de la materia en las ciencias naturales fueron contribuyendo a la formación de un nuevo mundo, hoy al fin crecientemente desenvuelto en condiciones de globalización/marginalidad, en el que están en crisis los lugares, los espacios y también las materias (Ciuro Caldani, 1998, pp. 54-55).

Analiza el jurista si la “astucia de la historia” se está valiendo de los rasgos de la modernidad para hacer posibles cambios promovidos por el sistema tecnológico, como los que se van abriendo camino en la genética humana, y que tienden a cuestionar roles ancestrales como los de padre, madre, hijo, etc. (Ciuro Caldani, 1998, p. 55).

Es en tal era de la historia que las ramas del mundo jurídico entran en crisis. Produciéndose cambios respecto de los rasgos que asumieron en la posmodernidad, y recomposiciones que “(...) a menudo las fracturan y con frecuencia desconocen

la profundidad de los planteos generales, como ocurre con la descomposición del Derecho Civil y el Derecho Comercial que suele hacerse en el Derecho de la Protección del Consumidor, el Derecho de Daños, etc.” (Ciuro Caldani, 1996, p. 66).

Tales nuevos planteos son legítimos, estima el autor, en tanto enriquezcan y no nieguen la profundidad que se ha alcanzado en la comprensión de las ramas tradicionales (Ciuro Caldani, 1996, pp. 66-67) A la vez, y en estrecha relación con nuestros planteos, las ramas tradicionales de la división pentárquica del derecho civil van perdiendo sus caracteres clásicos, haciéndose difusa la frontera, por ejemplo, entre el derecho patrimonial y el derecho de las familias (Ciuro Caldani, 1998, p. 56).

Los rasgos comunes que la posmodernidad exhibe en las ramas del mundo jurídico que son motivo de nuestro análisis, pueden analizarse, en primer lugar, desde el plano sociológico. Así, en este aspecto, las ramas han respondido tradicionalmente a diversas perspectivas de mayor predominio de la conducción humana, o de las distribuciones originadas en la naturaleza, el azar o las influencias humanas difusas (Ciuro Caldani, 1996, p. 67). El derecho de las obligaciones, más específicamente en lo tocante a la responsabilidad civil extracontractual, ha tenido, a lo largo de su historia (excepción hecha del período primitivo, donde no existía una clara distinción entre repartos y distribuciones), mayor identificación con la conducta proveniente de seres humanos determinables. Actualmente, y a diferencia de los criterios más individualistas, que tienden a limitar la comprensión del daño reparable al que surge de la conducta de autores determinables, las concepciones más socializantes reconocen también el daño originado en las fuerzas de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar, es decir, el que surge de distribuciones (Ciuro Caldani, 1996, p. 67).

La persona ha desarrollado un sentido de disconformidad frente a las calamidades, sean las que provengan de otras personas, sean aquellas cuyo origen se encuentre en distribuciones. Y es por ello que ha emprendido una búsqueda incansante de personas que puedan ser obligadas a reparar (Nicolau, 1995, p. 49). Lo dicho puede que se deba a que las razones sociales mutaron, en tanto ya no se estima valioso el soportar estoicamente ciertos detrimentos en la propia esfera de derechos, sino que en virtud de lo que Mosset Iturraspe estima como un despertar del conocimiento por parte de las víctimas de las prerrogativas y facultades que le brinda el ordenamiento jurídico, estas accionan a fin de lograr un resarcimiento que se impone como “integral” (Mosset Iturraspe, 1998, pp. 35 y ss.).

A raíz de tales transformaciones, a los criterios de imputabilidad subjetiva, que, en tiempos de la responsabilidad concebida como deuda, advertimos se basaban exclusivamente en la culpa, se sumaron pautas de naturaleza objetiva, con base en el riesgo creado o bien en el deber de garantía, incluyéndose a la actividad

riesgosa, todos factores nacidos de la evolución científico tecnológica. Asimismo, las distribuciones, que se veían lejanas en un horizonte en donde lo preeminente no era la consideración de la víctima, sino la imputación a un ser humano determinable, a un repartidor, cobraron importancia, máxime las provenientes de influencias humanas difusas. Afirma Bustamante Alsina que

(...) el individuo ha perdido el control de su voluntad y de su acción en las cotidianas actividades que desarrolla bajo la presión de circunstancias externas que lo exponen a causar y a sufrir daños sin culpa alguna. Tal vez pueda seguir afirmando actualmente que la mayoría de los daños que ocurren no son el efecto de conductas individuales sino el resultado de comportamientos sociales (Bustamante Alsina, 1997, p. 15).

El lugar prioritario que ocupa la víctima en las reflexiones de esta disciplina ha propiciado la evolución desde la protección del individuo hacia la protección de una “esfera de la individualidad”, que se constituye en el límite de la relación entre la persona y la sociedad. La individualidad se erige en “un territorio confortable, sano y seguro que la organización social actual no garantiza sin un señalamiento jurídico” (Lorenzetti, 1993).

Tal evolución ha permitido la defensa de las personas contra la contaminación ambiental en un conflicto que anteriormente se entablaba entre la propiedad industrial, la agraria y la individual, subsidiándose a la primera; ahora se lo ve como una lesión a la persona en un conflicto entre el individuo y la organización postindustrial, protegiéndose al primero. Los bienes protegidos por el *public nuisance* del derecho anglosajón, son las molestias al *reasonable confort* derivadas de ruidos producidos por un festival de rock, provocadas por obstrucciones a la vía pública, poda indiscriminada de árboles, o afectaciones a salud pública, o seguridad, llegándose a vincularlo a la protección del medio ambiente (Lorenzetti, 1993).

A la vez, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) se ha ocupado del “derecho a un ambiente sano”, lo cual es una muestra más de lo que Kemelmajer denomina como un giro que ubica a la persona humana en el centro de la protección (Kemelmajer de Carlucci, 2008) (1). No obstante lo expresado acerca de la importancia que cobrarán en esta época las adjudicaciones provenientes de distribuciones, la reparación más significativa sigue siendo la que proviene de la conducta de seres humanos determinables, o sea la reparación originada en repartos (Ciuro Caldani, 1992).

El daño, centro de la responsabilidad civil, estima Ciuro Caldani que se opone a los criterios del orden de repartos y a su correspondiente realización del valor

(1) Pueden verse los decisorios del TEDH citados por la autora en el artículo en mención.

homónimo “orden”, generando —en cambio— anarquía, con su desvalor inherente de arbitrariedad.

Frente a la vicisitud del daño, el orden intenta restablecerse a través de la reparación. Aunque el orden dañado puede haberse formado por ejemplaridad y también es posible que la reparación se produzca por ejemplaridad, con las consiguientes realizaciones el valor solidaridad, la relación entre el orden dañado y la reordenación de la reparación significa cierto mínimo de planificación reparadora, a la que es inherente, como a toda planificación cuando está en marcha, la realización del valor previsibilidad (Ciuro Caldani, 1992, p. 2).

De todos modos, el perfil actual de la responsabilidad no pudo eliminar, en el marco de derecho continental, las “adherencias” del sistema anterior. Ellas se evidencian en una cuestión de naturaleza terminológica, puesto que aún se sigue usando el vocablo “responsabilidad”, término que pone el acento más en la conducta del dañador que en la víctima y el resultado (De Ángel Yagüez, 1995).

En cambio, el Derecho anglosajón emplea la de *law on torts*, es decir, “derecho de daños”, que se utiliza incluso en la doctrina alemana, dando la impresión de poner en primer término el desenlace ocurrido, el daño o quebranto sufrido como consecuencia de la acción de otra (De Ángel Yagüez, 1995, p. 16). Se pone así el énfasis en ese elemento, que es fundamental, y no en un determinado factor de atribución subjetiva (Mosset Iturraspe, 1998, p. 17), lo que permite, por lo demás, aludir al ejercicio de facultades que acuerda, exista o no culpabilidad, sea el demandado el autor u otra persona obligada a garantizar su obrar, sea que medie antijuridicidad o un obrar lícito, etc. (Mosset Iturraspe, 1998, 17).

En cambio, en el marco de nuestra realidad jurídica, la denominación a la cual prefiriera acudir Mosset Iturraspe, y a la que adherimos, es la de “responsabilidad por daños”. Expresión que, si bien pone el acento en el perjuicio y no en la culpa, demuestra que nos hallamos transitando una evolución en la que no se ha abandonado la atribución o imputación; no nos hallamos frente a un sistema superado por la previsión social, en el que se coloque sobre el Estado o la comunidad el deber de reparar, o bien en un imperio de los factores objetivos de atribución del daño causado. Si bien, claro está, no puede negarse la ampliación de fronteras de la responsabilidad, y puede considerarse incurso en ella al autor involuntario de un hecho, donde ya no hay concordancia entre ser responsable y ser moralmente reprochable, siendo el ordenamiento jurídico el que nos declara responsables de los actos o de los hechos, con prescindencia de la faz subjetiva (Mosset

Iturraspe, 1998, p. 17) (2), debemos atender a nuestra realidad y reflejarlo en el uso del término.

Situándonos en el análisis sociológico del paradigma familiar posmoderno, este exhibe un cambio en materia de identificación de las adjudicaciones que se evidencia como más drástico que el acaecido en el ámbito de las obligaciones que nacen sin convención. Adquiere rasgos que son comunes con la actual responsabilidad por daños, pero que la alejan notoriamente de los rasgos que otrora se le adjudicaban como definitorios y, por ende, particulares.

Conforme enseña Ciuro Caldani, la familia se ha apoyado de manera tradicional en la referencia a adjudicaciones provenientes de la naturaleza. Cita la postura que Savigny esboza en su *Sistema de Derecho Romano Actual*, para quien la materia de las relaciones familiares se funda en la naturaleza orgánica de la persona y lleva el sello de la necesidad (Ciuro Caldani, 2001, p. 18); las partes constitutivas de la familia son el matrimonio, el poder paterno y el parentesco. La materia de cada una de estas relaciones es un lazo natural que, como tal, está por encima de la humanidad misma (*jus naturale*). Por ello, entiende el jurista alemán, tienen un carácter de necesidad independiente del derecho positivo, cualquiera sea la forma bajo la cual nos aparezcan y cualquiera sea la variedad de formas que revisitan entre los diferentes pueblos (así, según Savigny, la monogamia es de derecho positivo, mientras que el matrimonio, cualquiera sea su forma, nos aparece como una necesidad de nuestra naturaleza) (Savigny, 1878, pp. 230-231).

Dice Díez-Picazo que existen quienes entienden la familia como una institución natural, y como tal, sería una institución prejurídica, de la que solo a posteriori el derecho se ocupa. La modernidad afianzó decididamente la idea de vínculo familiar que solo la naturaleza podía crear, el cual es erigido, a la vez, como el único capaz de proyectar efectos jurídicos. Hoy, el mundo occidental tiende a pensar a la familia como una realidad más decidida por la conducción de las personas. Las relaciones de pareja son penetradas por la conducción (Ciuro Caldani, 2001, p. 19); existe una mayor prevalencia de la autonomía en su nacimiento, vicisitudes y extinción. Tal imperio de la autonomía se proyecta en la reproducción (Bladilo, De la Torre y Herrera, 2017). Por lo que el proceso que llevará finalmente al nacimiento

(2) Incluso podemos afirmar con Genviève Viney que hoy el significado etimológico y el jurídico de responsable y responsabilidad se acercan, ya que, según el diccionario de la Real Academia española, vigésima segunda edición, responsable en una de sus acepciones es el "Obligado a responder por algo o por alguien", y responsabilidad la "Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal". Podemos notar entonces la ausencia como característica definitoria de los términos empleados, la noción de voluntariedad o atribuibilidad subjetiva, contestes con la evolución operada en el campo de la responsabilidad, y de la que diéramos sintética cuenta en las páginas precedentes.

del vínculo parental, se desenvuelve merced despliegue de una serie de repartos, que ocupan el lugar que otrora lo hicieran las distribuciones.

A la vez, la economía ha tenido una ascendencia diversa en las familias, en función del período histórico que consultemos. Las sociedades tradicionales occidentales, se desarrollaron al hilo de una familia como una *parva res publica*, un pequeño Estado que se autogobernaba económica, política y jurídicamente: un largo *laissez faire* se proyectó durante siglos sobre la familia, entidad con vida propia y actividad económica autosuficiente (Alonso Pérez, 1998). La familia es importante en dicha época, ya que, en términos económicos, protege a sus miembros contra la incertidumbre. Un grupo de parentesco es una “compañía de seguros” razonablemente eficaz en tanto que como grupo numeroso de personas sea lo suficientemente reducido como para permitir que sus miembros puedan controlarse entre sí. Esto se manifiesta, por ejemplo, en el incentivo que las sociedades tradicionales ejercen sobre las familias para que los miembros que llevan adelante el control de las mismas detecten delitos cometidos contra otras familias, incluyendo el impago de deudas (Becker, 1987, pp. 310-311).

Se adiestra a los más jóvenes, se inspecciona y controla su ejercicio profesional y comportamiento. Asimismo, el control se ejercía al momento del matrimonio, ya que se elegía al consorte del familiar para evitar que familias deshonestas o mal administradas que frecuentemente solicitarían su ayuda, arruinasen su reputación (Becker, 1987, pp. 312-314).

Cuando adviene el denominado “modelo burgués de familia” (Alonso Pérez, 1998, p. 7), presenta entre sus caracteres la división sexual del trabajo, hija de la revolución industrial y el desplazamiento del eje productivo del hogar a la fábrica. Pero un fenómeno que puede observarse desde los albores del industrialismo maquinista hasta lo que hoy denominamos como sociedad post industrial o posmoderna, es que la persona va siendo extrañada, expulsada “(...) fuera del ámbito propio de la familia y que, al asedio de otros intereses extrafamiliares en lo estructural, va mutando su proyecto de autorrealización” (Zannoni, 2002, p. 31). El capital, en sentido económico, se ha trasladado fuera de la familia. La familia es usufructuaria de capitales, y con ello participa apenas de las rentas destinadas al consumo (Zannoni, 2002, p. 32). Así, el grupo de parentesco, que oficiaba como “compañía de seguros”, en forma de préstamos o regalos, para acudir en ayuda del pariente en apuros económicos, es menos necesario. El mercado de seguros basado en la experiencia de miles de familias proporciona una protección más efectiva contra los incendios, la muerte, la vejez y otros riesgos que puede correr una familia (Becker, 1987, p. 315). La economía, como tal, proyecta, entonces, aunque con diversa intensidad, su influjo en la familia posmoderna.

Las sociedades tradicionales occidentales, que hallaron en el modelo patriarcal una característica definitoria de su organización en materia familiar, asistieron a una familia desprovista de tutela del derecho objetivo: un pequeño Estado que se autogobernaba, una estructura jerárquica, ordenada al hilo de un plan de gobierno impuesto por el *pater*, una organización que respondía a los supremos criterios de reparto que el mismo impartía. Hoy la familia presencia el debilitamiento de las relaciones de autoridad, una mayor prevalencia la autonomía, tanto en la constitución como en su desenvolvimiento (Ciuro Caldani, 2001, p. 7).

La autoridad ha dejado sitio a las relaciones de reciprocidad, y la autoridad del marido-padre-jefe de familia, se ha ido borrando ante la autonomía de la mujer y los hijos (Carbonnier, 1974, p. 166). La familia, explica Ciuro Caldani, que ha pretendido contar siempre con una sólida base de ejemplaridad consuetudinaria, hoy asiste a una menor rigidez de los planes, a un debilitamiento del orden familiar (Ciuro Caldani, 2001, p. 22). Podemos entender que se ha asistido posmodernamente a una reestructuración de las familias, a un camino hacia su democratización, a una ordenación más horizontal de los repartos que se dan en su seno. Y como ello modificó hondamente el paradigma familiar moderno, que contaba aún con las adherencias del modelo patriarcal antiguo, puede verse como anárquico un proceso que en realidad ha comportado el despertar en occidente, hacia la aceptación de la convivencia de múltiples familias o modelos familiares, descubriendo así el velo que cubrió por centurias su realidad de producto cultural. “El derecho de familia es también una nítida expresión de cómo la planificación gubernamental pierde espacio frente a la ejemplaridad” (Ciuro Caldani, 1996, p. 67).

En el plano de la lógica, podemos apreciar que las normas han captado las transformaciones operadas en el plano de la realidad social en materia de responsabilidad por daños, y en las transformaciones a que asistieran las familias.

En materia de responsabilidad por daños, la norma no cumple aquí la función de describir el ilícito como paso previo a considerar la antijuridicidad de la conducta. Advertimos que la antijuridicidad formal, que consagraba nuestro ordenamiento civil en el artículo 1066, es abandonada a fin de avanzar en la antijuridicidad material, que se erige ahora junto a la formal en presupuesto de la responsabilidad (Mosset Iturraspe, 1998, p. 39). La ilegalidad y la antijuridicidad positiva, propias del derecho penal liberal, tienen un propósito definido: proteger a los gobernados contra los autores del ordenamiento, y contra la pena por la pena misma (Ciuro Caldani, 1987, p. 124).

En cambio, en materia de ilícito civil, se ha comprendido que las normas jurídicas que regulan la responsabilidad por daños se ven hoy en día constantemente desbordadas por nuevos acontecimientos sociales que son consecuencia del incesante avance tecnológico y científico (Bustamante Alsina, 1997, p. 15). Consagrar

la necesidad de una descripción previa de la conducta productora del menoscabo como paso previo al nacimiento de la obligación resarcitoria, contraría los caracteres actuales del sector social que a la responsabilidad civil le es propio. Ello impacta, asimismo, como vimos, en materia de factores de atribución, puesto que la irrupción de la responsabilidad objetiva en el escenario jurídico de Occidente, hace que se debata, en países como España, acerca de si compete a los aplicadores crear otros marcos de responsabilidad por riesgo, por fuera de los que expresamente el legislador ha consagrado expresamente como supuestos especiales (Díez-Picazo, 1999, p. 117).

La fuerza avasallante de la realidad en cuyo marco se desenvuelve la responsabilidad por daños, sin perjuicio de no pretender esterilizar la labor legislativa, fuerza a consagrar en normas generales, una descripción del sector social a reglamentar lo suficientemente amplia y general (empleando el método sintético), a efectos de dejar luego a la labor de los jueces la tarea de interpretarlas, en sintonía con la voluntad del autor de la norma, la cual se desprende de los principios basales que sustentan el ordenamiento normativo de que se trate.

Desde la perspectiva normativa, y como consecuencia de la llamada “desacralización de la familia”, término que emplea Carbonnier, y que importa la desaparición esa “aura sagrada” que envolvía a la familia y a todas las instituciones que la componen (Carbonnier, 1974, p. 171) va siendo captado tal fenómeno en la sanción legislativa del divorcio, como la aceptación de la ruptura de un vínculo que antaño se consideraba eterno (Carbonnier, 1974, p. 172), la paulatina captación legislativa de las convivencias de pareja, el respeto y protección de la diversidad de modelos de autorrealización personal, y la protección de los hijos nacidos fuera del matrimonio (3). Ello, a su vez, se traduce en un repliegue del orden público familiar que caracterizaba tradicionalmente a la legislación familiar, haciendo que, en la estructura de la norma, la característica negativa de la consecuencia jurídica pierda intensidad.

A la vez, la enorme complejidad de los problemas familiares, exige que se dé un amplio juego a las normas individuales. Hemos evidenciado cómo la labor pretoriana ha propiciado precisamente los remedios indemnizatorios y, a título de ejemplo, como modo de recomposición de la esfera de derechos de los hijos ante la omisión de reconocimiento de la filiación paterna, siendo la responsabilidad por daño intrafamiliar la que tributa la respuesta jurídica más adecuada a este género de casos.

(3) Resulta lógico suponer la prevalencia que otrora se le asignara al carácter “sagrado” de la familia, en tanto ella ha sido moldeada por la contribución conjunta de todas las esferas de la civilización; por ello presenta facetas religiosas, jurídicas, políticas, económicas, racionales, estéticas y lingüísticas (Alonso Pérez, 1998, p. 2).

A la vez, el recurso a fuentes formales se enriquece a partir de la conceptualización del derecho de las familias, no ya como un derecho privado ajeno al derecho público y sus fuentes, sino como lo que se ha denominado “Derecho Constitucional de Familia”. Se avanzó desde el “apogeo” de la ley, al avance de los tratados internacionales, a la vez de las fuentes de que suelen valerse los procesos de integración (Ciuro Caldani, 2000, p. 15). Así, el reconocimiento internacional y la consolidación de los derechos humanos en las legislaciones internas de cada país, y de los bloques regionales y/o continentales, abre una nueva perspectiva en el análisis de las relaciones de familia, las que quedan impregnadas de los estándares internacionales (Lloveras-Salomón, 2009, p. 51).

El impacto de los derechos humanos en las relaciones familiares se observa a partir de la visión de la persona como eje de protección, y no a la institución de la familia en sí (Lloveras-Salomón, 2009, p. 51). La fuerte presencia de la institucionalidad, inmanente a los conceptos propios del tradicional derecho de familia, cede ante una mayor negociabilidad, que en definitiva implica el empoderamiento del sujeto considerado en su individualidad. Este Derecho Constitucional de Familia

(...) conlleva la necesidad de contrastar o compatibilizar armónicamente las regulaciones legales de segundo grado con los derechos, valores y principios que emanan de la carta magna como “conjunto normativo”, es decir, como unidad sistemática de normas que se correlacionan y coordinan las unas con las otras y que por claro imperativo de la supremacía constitucional se irradian de manera vinculante hacia las normas infraconstitucionales, entre las que se encuentra el Derecho de Familia (Lloveras-Salomón, 2009, p. 49).

En materia de funcionamiento de la norma, afirma Ciuro Caldani que la más importante línea de tensión estuvo dada por la enorme carencia normativa, a raíz de los grandes cambios en el ámbito familiar. Las carencias evidenciadas a nivel reglamentario en la etapa previa a la sanción del Código Civil y Comercial se originaron tanto por contraste con la dimensión normológica (carencia histórica), como con la dimensión dikelógica (carencia dikelógica). Ya vislumbraba el jurista citado que, como la integración se desenvuelve por el recurso a la analogía o a los principios generales del derecho, importa decidir cuál es el grado de especialidad del derecho de familia al efecto. Advertimos que, en la particular temática de los menoscabos acaecidos en el ámbito intrafamiliar, el tema de la especialidad de dicha rama comporta una problemática central (Ciuro Caldani, 2001, p. 26).

Finalmente, y desde una perspectiva axiológica, las ramas en examen asisten a una crisis de los criterios generales orientadores tradicionales. En materia de responsabilidad civil han retrocedido la imputabilidad subjetiva como único criterio

de atribución del daño causado, la lesión de derechos subjetivos como único daño resarcible, los daños a la propiedad como centro de reclamaciones, el castigo del ofensor como finalidad prioritaria en materia indemnizatoria. En materia familiar, la familia matrimonial asumida como preeminente, la distinción en materia de derechos entre los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, la heterosexualidad como condición de existencia del matrimonio, la biología como fuente prioritaria de la filiación y el parentesco, han sido todos ellos criterios de valor que han cedido a lo largo de la era posmoderna.

En materia de responsabilidad civil, vimos que se asiste a una mayor consideración de la víctima del daño y, por ende, a un desfraccionamiento de las consecuencias en razón de la incesante búsqueda de más obligados a soportar las consecuencias del evento dañoso, a la ampliación del elenco de daños que se obligan a reparar, a más del desfraccionamiento de antecedentes que provoca la antijuridicidad material frente al corte del continuo vital que implicaría asumir la antijuridicidad formal, propia de la legalidad típica del derecho penal.

No obstante el riesgo que se denuncia, de caer en un desequilibrio por la limitada consideración del deudor, y la extensión de la obligación hasta quienes se hallan demasiado lejos del evento dañoso. Del otro lado, y en materia de relación de causalidad, pudimos advertir como la responsabilidad por daños se alejó del criterio de la *conditio sine qua non*, produciendo un fraccionamiento del antecedente, al limitar la consideración de las causas del evento dañoso. Asimismo, la responsabilidad objetiva consagrada junto a la imputación subjetiva, significó un corte en el continuo real, que prescindió del arraigo subjetivo de la conducta del dañador, a la vez que la inclusión de las indemnizaciones de equidad, comportaron un desfraccionamiento del continuo personal.

En materia familiar se evidencia un desfraccionamiento del complejo personal, lo que implica la revisión de los postulados clásicos sobre los que se asentara el parentesco, lo que nos permite considerar la voluntad como una nueva fuente de los vínculos familiares; ello se halla presente en la voluntad procreacional en materia de reproducción humana asistida y en general la socioafectividad como determinante para el nacimiento de efectos jurídicos. Asimismo, en materia de crisis matrimonial, vimos que existe en el derecho comparado la tendencia a fraccionar los antecedentes, y no abrir el examen de las “causas” por las que se asiste a la ruptura de la relación de pareja, consagrando un divorcio sin expresión de causa. En el marco del derecho de familia tradicional, que consagraba un divorcio imputable a título de culpa, el resultado del fraccionamiento de los antecedentes no era el abandono de las causas y la composición del conflicto matrimonial por un camino ajeno a las culpas, sino el enjuiciamiento de un hecho externo, por ejemplo, el adulterio, que, además de sumar conflictividad en el seno familiar,

silenciaba asimismo las reales causas de la ruptura, limitándose a un emergente de la misma.

La posmodernidad se convirtió en un espacio de personalización del individuo en cuanto tal, y no en tanto miembro del grupo. Sobre en todo en materia de derecho de familias, el impacto de los Derechos Humanos dio el giro paradigmático al concebir como centro de protección no ya a la familia, sino a la persona en sus diversas relaciones familiares (Lloveras-Salomón, 2009, p. 41).

En relación con el régimen de justicia, la responsabilidad por daños se apoyó tradicionalmente en la protección del individuo contra *los demás*, mientras que el derecho de familia se desarrolló al hilo de la protección contra todo *lo demás* (la soledad, la enfermedad, la vejez, etc.). La posmodernidad significó, por un lado, la posibilidad de que la responsabilidad asumiera también el rol de protección del individuo contra *lo demás*.

En el núcleo de tal diversidad de funciones se ha instalado la disputa” con la seguridad social, tradicionalmente abocada a la protección contra *lo demás*, hasta el punto de que algunos vaticinaron la crisis de la responsabilidad civil, y el tránsito hacia una socialización directa de las indemnizaciones (De Ángel Yagüez, 1995, p. 19). A la vez, en materia de derecho de las familias, se produjo un despertar hacia la consideración de la protección de la persona contra los demás, incluidos los miembros de su misma familia. La violencia doméstica visibilizó que la familia, en ocasiones, más que un instrumento de protección puede erigirse en uno de agresión (Ciuro Caldani, 2001, p. 37). La necesidad de complementariedad que, en muchos casos, requieren las respuestas brindadas desde la norma familiar, nos conduce a reafirmar la importancia de la visión integral que desde la teoría general del derecho ha de brindarse, puesto que, como vimos, “No puede comprenderse la solución de ningún caso refiriéndose a una rama jurídica de manera exclusiva y sin tener en cuenta, *v.gr.*, la ideología que pretende brindar el Derecho constitucional, la solidez que procura dar el Derecho Penal, la dinámica que suele buscar el Derecho de las Obligaciones ‘voluntarias’, el replanteo económico que está presente en el Derecho de las Obligaciones que nacen sin voluntad, la consistencia social que ha procurado el Derecho de Familia, etc.” (Ciuro Caldani, 1998, p. 52).

En suma, la posmodernidad fue el escenario propicio para la confluencia entre las ramas del mundo jurídico en examen. Lo que otrora fuera negado, hoy se afirma basado en la noción de “sistema jurídico”, que implica una integración de sus ramas y, ergo, de sus soluciones. Las familias en la posmodernidad, conocen de reclamaciones económicas entre sus miembros, incluso ante daños originados en el incumplimiento de deberes que conforman el contenido de la relación jurídica familiar. Esto evidencia que nos hallamos bajo la égida de un nuevo paradigma de familia, como al que aludimos anteriormente, que tiene como centro de atención

y protección a la persona (quien ya no debe abdicar de sus derechos en función del interés del grupo), así como ante un nuevo modelo de responsabilidad por daños, que pone el acento en la víctima, y entroniza al daño como eje central de la responsabilidad.

En definitiva, ya lo avizoraba Savigny, la abstracción puede separar rigurosamente el derecho de familia, el derecho de las cosas y el derecho de las obligaciones, pero “(...) en la realidad viva se tocan en diferentes puntos, y estos contactos perpetuos engendran necesariamente una multitud de modificaciones y de acciones recíprocas (...)” (Savigny, 1878, p. 231).

II. Reflexiones de síntesis frente a la actualidad de la responsabilidad por daños intrafamiliar desde la teoría general del derecho

La responsabilidad por daños intrafamiliar acudió a brindar respuestas jurídicas allí donde las vulneraciones en la esfera de derechos de las personas unidas por un vínculo familiar carecían de ellas.

En variadas ocasiones, la solución proveniente del derecho de daños se erigió en la respuesta más adecuada frente al acaecimiento del perjuicio. Así, la responsabilidad derivada de la omisión paterna de reconocimiento fue ratificada en la vigencia de su adecuación como respuesta al incluirla el Código Civil y Comercial expresamente como efecto propio de tal inobservancia, por remisión a las normas que regulan la responsabilidad. Sin embargo, en otros supuestos, el recurso al remedio indemnizatorio venía, o bien de la mano de la ausencia de medidas adecuadas en el derecho de familia, ‘forzando’ el encuadre en el derecho de daños, como último recurso para que la víctima no se quede sin respuesta. O bien se empleaba la responsabilidad como parte de una extensa batería sancionatoria de conductas predicadas como ‘ilícitas’ en el marco del derecho de familia, las cuales hoy perdieron su actualidad; por ejemplo, merced a la derogación de la noción de culpabilidad en la ruptura de la unión matrimonial (Schiro, 2016, p. 1).

Partiendo entonces de la apreciación compleja del mundo jurídico y de sus ramas, rechazando entonces las posiciones aprioristas que pretenden “encerrar” la solución dentro de una rama, sin contemplar la necesaria complejidad del fenómeno de que se trate, en este caso, el de los menoscabos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, que se producen entre personas unidas por un vínculo familiar, es que podemos analizar tales soluciones que brindan las ramas en cuestión, y optar por los distintos senderos que corresponden a diferentes ramas jurídicas, que enriquecen la conducción repartidora del operador jurídico (Ciuro Caldani, 1999b, p. 25).

En materia de relaciones entre adultos, el sustrato socio-axiológico del conflicto matrimonial o convivencial podemos afirmar que ha obrado como pauta definitoria de decisión en los términos de una solución que discurra por la vía del derecho de las familias, cuando hablamos de menoscabos patrimoniales. Así,

La regulación de los daños o menoscabos que pueden acaecer en el marco de una relación jurídica no comportan el patrimonio exclusivo del derecho de la responsabilidad por daños, sino que existen lesiones a intereses de actuar en la esfera patrimonial que pueden ser regulados por otras disciplinas, como el derecho de familia. Para evitar la ambigüedad semántica, podemos nominarlos como desequilibrios subsanables por remedios propios del derecho de familia (Schiro, 2016, p. 1).

Un remedio es la compensación económica, regulada tanto en el marco de las uniones matrimoniales como convivenciales (artículos 441, 442, 524 y 525 del Código Civil y Comercial).

A la vez, podrá recurrirse a la responsabilidad por daños cuando se vulneren derechos fundamentales del cónyuge o conviviente; respecto de estos últimos, será convocado no en carácter de tal, sino de damnificado/a, puesto que el resarcimiento no deriva de la violación del contenido de la relación jurídica familiar de que se trate, sino de la vulneración de derechos fundamentales.

En materia de relaciones parentales, la tarea del reconocimiento de las normas que las regulan nos conduce, en primer lugar, a construir, a partir de las mismas, la noción de la antijuridicidad de la conducta de quien, en detrimento de los intereses de su hijo/a, omite el reconocimiento de su paternidad y/o se sustrae a las responsabilidades de cuidado inherentes a la responsabilidad parental. Ello, merced a abandonar la concepción de la antijuridicidad formal, que exige contrariar un precepto expreso del ordenamiento normativo, y asumir la antijuridicidad material, que construye la noción de conducta u omisión antijurídica a partir de su contradicción con el ordenamiento considerado en su integralidad. Así, en materia omisión del reconocimiento de la filiación extramatrimonial, la antijuridicidad de la omisión debe desprenderse del plexo de preceptos, tanto constitucionales como reglamentarios, que consagran el derecho del hijo/a a reclamar judicialmente su filiación y establece, asimismo, sanciones a quien incurre en la omisión de reconocimiento (como las sucesorias, artículo 2281 inc. f).

Precisamente tales normas, si bien nos permiten afirmar la antijuridicidad de la omisión, su finalidad nos revela su insuficiencia como remedio indemnizatorio, puesto que acuden a sancionar al progenitor renuente, más no a procurar resarcir al hijo/a por la vulneración que, a sus intereses, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, produjo la conducta de su progenitor. Tales conductas, asimismo,

le serán atribuibles al progenitor, sin que pueda invocarse en tal atribución, limitación alguna al dolo o la culpa grave, o estándar privilegiado, puesto que el paradigma constitucional tuitivo que consagra tanto el derecho constitucional, como las normas reglamentarias, impedirían una solución de tal naturaleza. Si los daños, tanto extrapatrimoniales (los cuales surgirán *in re ipsa*) como patrimoniales (que requerirán, a diferencia de aquellos, prueba de su configuración), se hallan en adecuada relación de causalidad con tal omisión de reconocimiento, serán entonces resarcibles.

Ahora bien, cuando el hijo/a sufre un menoscabo que puede atribuirse a la actuación de un progenitor en clara inobservancia de los deberes que hacen al contenido de la responsabilidad parental, entendemos que la impotencia del daño no es digna de ser repartida y, como tal, este les es atribuible. La intervención en el ejercicio del rol parental que implica la atribución del daño sin sujeción a ningún estándar privilegiado de actuación que limite su responsabilidad, se halla justificada, puesto que “El Estado, en sus diferentes estamentos, no puede obviar la situación de las personas en estado de vulnerabilidad” (Lloveras-Salomón, 2009, p. 455).

Las niñas, a más de la vulnerabilidad antropológica ínsita en la naturaleza humana, pueden estar más expuestas a la denominada vulnerabilidad social. La dañosidad en el seno de la relación paterno filial, coloca al niño en lo que se denominan “espacios de vulnerabilidad”, que, como vimos, comportan climas o condiciones desfavorables, que los exponen a mayores riesgos de sufrir un menoscabo. Precisamente, en razón de la indefensión en que el hijo está sumido, es que se requiere de acciones positivas para la efectiva vigencia del paradigma constitucional tuitivo, que, en el particular género de supuestos de daños causados por los padres a sus hijos, implica intervención a fin de reducir los espacios de vulnerabilidad, y devolver al niño a su estadio de ser meramente vulnerable, pero socialmente protegido. La protección del hijo contra los demás, se actualiza a través de los remedios que brinda la responsabilidad por daños.

A la vez, analizar la problemática en perspectiva de género propicia el determinar que la sustracción voluntaria del progenitor a su corresponsabilidad en materia de cuidados, permite una ampliación subjetiva en materia de legitimación para la reparación del daño causado como consecuencia de tales incumplimientos, y será la progenitora convocada como damnificada tanto en materia extrapatrimonial como patrimonial. Si bien la coparentalidad consagrada como principio en el Código Civil y Comercial obra de manera preventiva, el entramado patriarcal determina que los frecuentes supuestos en que acaece la inobservancia del progenitor de sus deberes de cuidado de los hijos puedan dar lugar a la posibilidad

reparatoria de las consecuencias que a la progenitora le acarrea concentrar en su persona las responsabilidades de cuidado.

Advertimos, entonces, como, a partir de no ceñirnos a concepciones infradimensionalistas del fenómeno jurídico, sino valiéndonos asimismo de las consideraciones fácticas, pero también de las axiológicas, se nos libera de las fórmulas abstractas encerradas en la lógica jurídica.

La complejidad de las problemáticas que acaecen en su seno, lejos de requerir antagonismos entre ramas jurídicas que se disputen su regulación, requiere de un análisis complejo y profundo para hallar cuál es la disciplina que le tribute al conflicto familiar la mejor solución. Una solución que discurra por el camino de tomar a la persona como un fin y no como un medio. Las disciplinas que hemos analizado, son convocadas para brindar una respuesta que tribute al valor humanidad.

III. Bibliografía

Alonso Pérez, M. (1998). La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil. *Actualidad civil*, 1998, Ref. I, Tomo 1, España: Editorial La Ley.

Becker, G. (1987). *Tratado sobre la familia*, versión española de Carlos Peraita de Grado. Madrid: Alianza Editorial.

Bladilo, A.; De la Torre, N. y Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*, 11 (39). Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100002&lng=es&tlng=es [Fecha de consulta: 30/03/2022].

Bustamante Alsina, J. (1997). El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, En A. Bueres; A. Kemelmajer de Carlucci y A. Alterini, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Carbonnier, J. (1974). *Derecho flexible*. Madrid: Editorial Tecnos.

Ciuro Caldani, M. A. (1987). Notas para un estudio sistemático de la antijuridicidad. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, vol. 8 (pp. 121 y ss.). Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (1992). *Bases jusfilosóficas para la comprensión del daño y la reparación*, Cita: TR LA LEY AR/DOC/19707/2001.

Ciuro Caldani, M. A. (1996). Filosofía de las ramas del mundo jurídico. *Investigación y Docencia*, vol. 27 (pp. 65 y ss.). Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (1998). Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (las ramas del mundo jurídico en tiempos de la crisis de la materia). *Investigación y Docencia*, vol. 31 (pp. 51 y ss.). Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (1999a). Lecciones de Teoría General del Derecho. *Investigación y Docencia*, Nº 32. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (1999b). La teoría general del derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas. *Investigación y Docencia*, Vol. 32. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (2000). *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (2001). Filosofía del Derecho de Familia. *Investigación y Docencia*, Nº 34 (pp. 15 y ss.). Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (2002). Perspectivas de la Teoría General del Derecho. *Investigación y Docencia*, vol. 35 (pp. 29 y ss.). Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

De Ángel Yagüez, R. (1995). *Algunas precisiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2008). El derecho a un ambiente sano en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. *Tutela Jurídica del Medio Ambiente*, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Lloveras, Nora - Salomón, Marcelo (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires, Editorial Universidad.

Lorenzetti, R. L. (1993). El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica? *La Ley* 1993-D, 1140.

Mosset Iturraspe, J. (1998). *Responsabilidad por daños*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni.

Nicolau, N. L. (1995). Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias. En A. Alterini y R. López Cabana (dirs.), *La responsabilidad, libro homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Savigny, F. K. (1878). *Sistema de Derecho Romano Actual*. Madrid: F. Góngora y Cía. Editores.

Schiro, M. V. (2016). La responsabilidad intrafamiliar frente al avance de soluciones alternativas... o cuando el derecho de familias asume dar respuestas. Cita: TR LA LEY AR/DOC/4666/2016.

Zannoni, E. A. (2002). *Derecho de Familia*. T. I. Buenos Aires: Ed. Astrea.

Fecha de recepción: 28-03-2022

Fecha de aceptación: 29-10-2022