

## CAPÍTULO X

### DAÑOS ENTRE CÓNYUGES Y ENTRE PADRES E HIJOS

**¿Pueden los cónyuges reclamarse daños contractuales o  
extracontractuales durante la vigencia del matrimonio?  
¿Son factibles las acciones de indemnización intentadas por  
los herederos de uno de los cónyuges por la muerte de  
su progenitor a consecuencia de la culpa del otro?  
Visión jurisprudencial de Estados Unidos y España**

I.	Introducción . . . . .	403
II.	Tesis negativa. Crítica. . . . .	406
III.	Los contratos de seguro en Argentina . . . . .	411
IV.	Jurisprudencia española . . . . .	412
V.	Jurisprudencia americana . . . . .	413
	1. El <i>leading case</i> “Thompson vs. Thompson”. . . . .	414
	2. La Corte de Arizona ante el reclamo de los herederos de la víctima contra la sucesión de su padre . . . . .	416
	3. Accidente de tránsito entre cónyuges. Demanda por daños . . . . .	418
	4. “Shook vs. Crabb” . . . . .	419
	5. Demanda de la cónyuge por las lesiones causadas negligentemente por el esposo . . . . .	420
	6. La Corte de Delaware frente a los daños entre esposos . . . . .	421
	7. “Small vs. Rockfeld” . . . . .	421
VI.	Demandas de los hijos contra los padres . . . . .	422
	1. Demanda de la hija contra sus padres por daños ocurridos en un accidente . . . . .	425
	2. Demanda de los hijos contra sus madres por abandono . . . . .	426
VII.	Conclusiones. . . . .	428

## CAPÍTULO X

### DAÑOS ENTRE CÓNYUGES Y ENTRE PADRES E HIJOS

**¿Pueden los cónyuges reclamarse daños contractuales o extracontractuales durante la vigencia del matrimonio?  
¿Son factibles las acciones de indemnización intentadas por los herederos de uno de los cónyuges por la muerte de su progenitor a consecuencia de la culpa del otro?  
Visión jurisprudencial de Estados Unidos y España**

SUMARIO: I. Introducción. II. Tesis negativa. Crítica. III. Los contratos de seguro en Argentina. IV. Jurisprudencia española. V. Jurisprudencia americana. 1. El *leading case* "Thompson vs. Thompson". 2. La Corte de Arizona ante el reclamo de los herederos de la víctima contra la sucesión de su padre. 3. Accidente de tránsito entre cónyuges. Demanda por daños. 4. "Shook vs. Crabb". 5. Demanda de la cónyuge por las lesiones causadas negligentemente por el esposo. 6. La Corte de Delaware frente a los daños entre esposos. 7. "Small vs. Rockfeld". VI. Demandas de los hijos contra los padres. 1. Demanda de la hija contra sus padres por daños ocurridos en un accidente. 2. Demanda de los hijos contra sus madres por abandono. VII. Conclusiones.

#### **I. Introducción**

En este capítulo nos proponemos analizar la aplicación de las normas relativas a la responsabilidad civil contractual y extracontractual entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio a la disolución por muerte de uno de ellos por culpa del otro, y los daños cometidos por los padres a sus hijos; además, realizar una síntesis de la evolución legislativa y jurisprudencial en el Derecho Comparado.

La responsabilidad extracontractual entre los cónyuges a la disolución del matrimonio por nulidad se encuentra expresamente aceptada en el artículo 225 del Código Civil.

La aplicación de la responsabilidad extracontractual a la disolución del matrimonio por divorcio, si bien no contemplada legislativamente, es aceptada mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia<sup>1</sup>.

Aunque la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a las relaciones entre cónyuges durante la vigencia del matrimonio no se encuentra prevista legislativamente ni tampoco el tema ha sido desarrollado jurisprudencial ni doctrinariamente, son múltiples los supuestos que se pueden presentar en los cuales uno de los cónyuges dañe patrimonialmente al otro durante el matrimonio; por ejemplo, puede ocurrir que el esposo choque el automotor de su mujer al salir de su hogar y que ambos se encuentren asegurados en diferentes compañías; en este caso bien podría la víctima pretender la reparación de su rodado por la compañía aseguradora de su cónyuge.

También en los casos de violencia familiar podríamos encontrarlos

<sup>1</sup> VELAZCO, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio* cit.; PERROT y ROMANO, *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio* cit.; MIZRAHI, *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil* cit., y del mismo autor, *Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios del divorcio* cit.; ZANNONI, *Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio* cit.; MOLINA QUIROGA, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio* cit.; MANCHINI, *Resarcimiento de daños y perjuicios a causa de divorcio* cit.; MEDINA, *Daños y perjuicios derivados del divorcio (Evolución jurisprudencial. En espera de un plenario)* cit.; SALAS, *Indemnización de los daños derivados del divorcio* cit.; ACUÑA ANZORENA, *Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y de su cómplice por causa de adulterio* cit.; COLOMBO, *Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa* cit.; SPOTA, *Tratado de Derecho Civil* cit., t. 2, vol. 2, ps. 149 y ss.; BARBERO, *Daños y perjuicios derivados del divorcio* cit.; MOSSET ITURRASPE, *Los daños emergentes del divorcio* cit.; BELLUSCIO, *Derecho de Familia* cit., t. 3, ps. 580 y ss.; MAZZINGHI, *Derecho de Familia* cit., t. 2, p. 26; MÉNDEZ COSTA, *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil* cit., Cap. XXVIII; LAGOMARSINO y URIARTE, *Separación personal y divorcio* cit., p. 466; MAKIANICH DE BASSET, *Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio* cit.; BUSTAMANTE ALSINA, *Divorcio y responsabilidad civil* cit.; LOMBARDI y SALVATORI REVIREGO, *La responsabilidad civil en la separación personal y en el divorcio* cit.; LEVY, WAGMAISTER e IÑIGO DE QUIDIELLO, *La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges* cit.; URIARTE, *Reparación del daño extrapatrimonial derivado de los hechos constitutivos del divorcio* cit., etc., y hay muy pocos precedentes judiciales: Trib. Apel. Civ. N° 2 de turno, Montevideo (Uruguay), 6-3-89, en E. D. 139-397, con nota de Alberto Spota; CNCiv., sala C, 17-5-88, E. D. 130-290, con nota de Germán Bidart Campos.

con el reclamo de uno de los esposos contra el otro por daño moral y físico. En estos supuestos, si bien no encontramos precedentes en nuestra jurisprudencia donde la cuestión se haya ventilado entre esposos, sí podemos mencionar un caso novedoso en el que se admitió la demanda por daños provocados por el hermano en perjuicio de su hermana por violencia<sup>2</sup>.

Es así como, teniendo en cuenta la apertura jurisprudencial y doctrinaria hacia la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil al Derecho de Familia, cabe desarrollar el interrogante del presente trabajo. Es dable traer a colación que, por ejemplo, en Ecuador está previsto el pago de una indemnización de daños y perjuicios que va de uno a quince salarios mínimos vitales a favor de la mujer que sufra el agravio del marido. Pero nuestro régimen legal no reconoce norma expresa que permita al cónyuge demandar al otro por daños.

En lo que respecta al plano contractual, en nuestra legislación, si bien se encuentran prohibidos los contratos de compraventa, donación y permuta, el principio general sigue siendo el de la capacidad de contratación entre cónyuges y siendo éstos capaces de contratar, pueden existir problemas entre ellos que originen responsabilidades de carácter contractual, así, por ejemplo, uno de los esposos puede contratar con el otro el transporte de la cosecha de un campo de su titularidad. Si la cosa transportada fuera robada en el trayecto, y el transportista estuviera asegurado, es probable que el dueño de la mercadería pretendiera cobrarlo de la compañía aseguradora de su cónyuge.

Tampoco se encuentra legislado expresamente ni ha sido motivo de decisiones judiciales el supuesto de reclamos de los herederos de uno de los cónyuges por la muerte de su progenitor a consecuencia de la culpa del otro ni las situaciones que se derivan de los daños producidos a los menores por sus progenitores independientemente de la falta de reconocimiento.

Estos supuestos no han sido desarrollados por la doctrina, legislación ni jurisprudencia argentina, por ende intentaremos un ensayo doctrinario tomando como ejemplo la jurisprudencia y la doctrina ame-

<sup>2</sup> CCom. de San Isidro, sala I, 28-11-2000, "G., M. de las N. vs. G., L.", J. A. del 13-6-2001, con voto de la Dra. Graciela Medina.

ricana y española. Somos contestes que el sistema del *common law* es diferente del sistema continental europeo, pero pensamos que es comparable, porque “es totalmente obvio que el Derecho vigente en cierto territorio o con referencia a determinadas personas o relaciones nunca nace aisladamente en la mente de un legislador o en la praxis de los actores locales, sino que representa el fruto de un conjunto de influencias, la mayor parte de las cuales se han desarrollado en confrontación con otros pueblos y territorios o bien derivan de las experiencias precedentemente realizadas por otros pueblos o en otros territorios. En consecuencia, bastante a menudo un cabal conocimiento de un ordenamiento jurídico no es en realidad posible de conseguir sin el conocimiento de todo lo sucedido en otra parte, aunque no todo lo sucedido en otra parte presenta igual grado de interés para el conocimiento del Derecho vigente en el ámbito del ordenamiento de referencia”<sup>3</sup>.

Pretender encerrar la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y querer exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta la teoría y la práctica extranjeras no significa otra cosa que limitar las potencialidades del jurista para el conocimiento y la acción. El Derecho, en cuanto ciencia social, no puede, al igual que ocurre con la historia, la economía, la teoría política o la sociología, ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva puramente nacional. El nacionalismo jurídico es más bien provincialismo, inconciliable con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del Derecho nacional.

Es inconcebible, sobre todo en la época actual, una cultura general jurídica sobre la base exclusiva de un Derecho nacional<sup>4</sup>.

## II. Tesis negativa. Crítica

Para rechazar este tipo de acciones entre esposos podemos men-

<sup>3</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de Derecho Comparado*, trad. de Juana Bigozzi, España, 1987.

<sup>4</sup> RENE, David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho Comparado)*, trad. en la segunda edición francesa por Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid, 1969, ps. 9 y 10.

cionar razones de índole general que tienden a rechazar los daños y perjuicios en materia de Derecho de Familia, y razones particulares con respecto al rechazo de la acción específicamente entre esposos. Vale la pena traerlas a colación.

*Razones que rechazan en general la aplicación de las normas de la responsabilidad civil al Derecho de Familia:*

1. *Especialidad de las normas del Derecho de Familia.* Esta tesis se apoya en la consideración de que el régimen matrimonial es especial y que las características propias de la institución atienden a una particular realidad que no permite la aplicación de las normas propias de la responsabilidad civil.

Contestamos este argumento de la siguiente forma:

- El principio jurídico de no dañar a otro está contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Es un derecho implícito porque hace a la dignidad y a la integridad física y psíquica de la persona humana, derecho éste de jerarquía supralegal.
- Como dice Rivera<sup>5</sup>, el Derecho de Familia tiene lógicamente que respetar las normas del Derecho Civil de rango constitucional y no puede, en aras a la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro.
- El Derecho de Familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo y, por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la teoría general del Derecho Civil. Por ejemplo, la representación paterno-materna de los hijos menores se rige supletoriamente por las reglas del mandato.
- Aunque no esté contemplado expresamente en nuestra legislación, la jurisprudencia ha condenado a pagar los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, aplicando así los principios de la responsabilidad civil.

2. *No existe una norma expresa que obligue a reparar.* Respecto de este argumento cabe mencionar que, de acuerdo a nuestro sistema legal, el principio contenido en el artículo 19 de la Constitución Na-

<sup>5</sup> RIVERA, *El Derecho Privado Constitucional* cit., p. 27.

cional impone la obligación de reparar por cualquier daño causado, aunque la reparación no esté prevista expresamente en una norma infraconstitucional.

*Razones particulares referidas al rechazo de las demandas entre esposos por daños:*

3. *La armonía conyugal se vería perturbada si se admitiese este tipo de acciones.* Éste era uno de los argumentos más fuertes de los tribunales norteamericanos para rechazar las demandas entre esposos motivadas en accidentes de tránsito.

Puede pensarse que la necesidad de la determinación de la culpabilidad o de la extensión de un daño requiere de un proceso contradictorio que es perjudicial para el núcleo familiar porque puede generar o agravar los conflictos.

Fleitas Ortiz de Rozas sostiene que “la admisión de la posibilidad de reclamos entre los cónyuges por supuestos daños recíprocos en sus personas o en sus bienes sólo serviría para multiplicar el conflicto, y en definitiva, agravar las penas propias de una crisis matrimonial.

”En otra perspectiva, tomamos en cuenta también el argumento de la prevención del fraude, cuando existe un seguro de responsabilidad; en ese supuesto, el litigio, aparentemente planteado por un esposo contra el otro, en lo substancial estaría dirigido por ambos contra la aseguradora, lo que sería un desvío de los fines de estas instituciones jurídicas”<sup>6</sup>.

Además puede sostenerse que el otorgamiento de una indemnización a favor de la víctima es un incentivo a la repotenciación de juicios contradictorios y frustra las posibles soluciones de conflicto matrimonial.

No pensamos que ello sea así, pues consideramos que cuando se interpone una demanda de un cónyuge contra el otro, existiendo cobertura de seguros, o la armonía marital se terminó antes de ser interpuesta la misma (separación) o con la demanda, no se va a afectar la armonía marital.

<sup>6</sup> FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, *Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2001-2, *Daños en las relaciones de familia*, p. 167.

Amén de ello, estimamos que si un esposo demanda al otro por violencia por las lesiones sufridas o el daño moral infringido, la armonía fue rota por quien resulta demandado.

En el caso típico de los accidentes de tránsito, pensamos que este tipo de acciones no tienen efecto entre las partes en el aspecto personal, pues será la compañía de seguros quien responderá en caso de sentencia condenatoria.

Creemos que por evitar la hipotética perturbación de la armonía de la relación marital no se puede dejar sin indemnizar el daño real de la víctima concreta, cuando se dan los presupuestos de la responsabilidad civil.

4. *Involucran al tribunal en disputas triviales entre los esposos.* Puede sostenerse que es necesario que para que los tribunales funcionen bien no deben ser sobrecargados con disputas triviales entre los esposos, y que la admisión de este tipo de proceso congestionaría la labor judicial, involucrando al Poder Judicial en problemas menores entre los cónyuges.

No consideramos que sean disputas triviales entre esposos.

Nuestro ordenamiento legal es muy claro cuando establece la regla *alterum non lædere* (el deber de no dañar a otro) en el sentido de que “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...” (art. 1109 del Cód. Civ.).

A partir de este principio nos preguntamos si es justo dejar al cónyuge o a la cónyuge sin resarcimiento precisamente por su vínculo.

No creemos que sea procedente ni conforme a derecho hacer pesar sobre el patrimonio del inocente los daños producidos por el culpable, máxime cuando existe compañía aseguradora.

Tampoco parece justo que quien sufrió vejaciones o malos tratos deba quedar sin reparación justamente por su vínculo, o deba divorciarse para acceder al pago de la indemnización.

5. *Permiten el fraude de los esposos contra las compañías de seguros en los casos de negligencia en la conducción de automóviles*<sup>7</sup>. Estimamos inválido este argumento por cuanto subestima la capacidad

<sup>7</sup> Conf. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ob. cit.

de los jueces de distinguir entre un reclamo legítimo y un reclamo fraudulento. Y más aún, se subestima a las compañías aseguradoras como si no fueran capaces de proteger sus propios intereses.

Es como si se creara una presunción de fraude contra la compañía aseguradora cuando la demanda la interpone un esposo contra el otro y es por ello que se impide el reclamo.

Este argumento omite considerar la cantidad de acciones fraudulentas que se pueden cometer sin que las partes sean necesariamente esposos. No escapa al conocimiento de todos la cantidad de parejas de novios que se demandan mutuamente por transporte benévolo.

No sólo puede darse en el caso de novios sino también en el de amigos, conocidos o cualquier persona que en connivencia con el asegurado lo demande a fin de cobrar una indemnización y luego repartirla entre ambos.

6. *El Derecho Criminal provee de un remedio adecuado.* No nos parece reemplazable el remedio que otorga el Derecho Criminal con el que dispone el Derecho Civil.

Ello es así por cuanto el fin perseguido es diferente. El Derecho Criminal persigue el castigo del culpable, mientras que el Derecho Civil la reparación de la víctima de un perjuicio.

7. *El divorcio también constituye un remedio adecuado.* Nos parece disvalioso hablar del divorcio como solución.

¿Por qué habrían de divorciarse los esposos por causa de un daño negligente que uno produce al otro?

Puede que el matrimonio no se encuentre acabado sino que lo único que se persiga con la acción sea la reparación del perjuicio. El divorcio, en este caso, no sería la vía idónea para la consecución del fin querido.

8. *Esas demandas benefician al demandado por su conducta reprochable pues, si las partes viven juntas, ambas comparten los beneficios obtenidos.* Respecto de este argumento, hay que reconocer que si la esposa o el esposo obtienen un resarcimiento por el daño producido por su marido o su mujer a un bien de propiedad del otro, la suma obtenida ingresará al haber común si el bien es ganancial, pero no si el bien es propio. Y también es dable aclarar que no todos

los rubros indemnizables serán gananciales en el supuesto de daños personales, pues, por ejemplo, la indemnización por daño moral, o daño psicológico, o para quienes lo aceptan como una variante independiente del daño, serán propios así como la indemnización por incapacidad permanente.

Además, aunque el bien sea ganancial, si es de titularidad de un cónyuge pertenece a su esfera de administración y la no reparación del perjuicio puede llevar al quebranto empresario y al perjuicio a los acreedores. Piénsese en el supuesto de que uno de los cónyuges contrate con el otro el transporte de mercadería; robada ésta, si el seguro no responde podría lesionar seriamente el patrimonio del dueño de la mercadería y de sus acreedores.

Además, el Proyecto de Reformas del Código Civil, Comisión 685/95, otorga a los esposos la posibilidad de optar también por el régimen de separación de bienes en cuyo caso no habrá ganancialidad. En este supuesto, el argumento no tiene ningún sentido.

De todos modos y más allá de que pueda ser cierto que algunos rubros de la indemnización sean gananciales, no por ello debemos dejar sin resarcimiento a la víctima o en su caso al patrimonio ganancial; piénsese en la destrucción total de un automotor por colisión con el del otro cónyuge existiendo compañía de seguros.

### III. Los contratos de seguro en Argentina

La generalidad de los contratos de seguro en Argentina contienen cláusulas de exclusión como las siguientes.

*Exclusiones a la cobertura:* “El asegurador no indemnizará los daños sufridos por [...] El cónyuge y los parientes del asegurado o del conductor, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad” (en el caso de sociedades, los de los directivos).

Otras compañías, en el acápite relativo a la *responsabilidad civil* que toma a su cargo la responsabilidad que pueda derivarse contra el asegurado y/o la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto del seguro, como consecuencia de daños causados por ese vehículo a un tercero, sean muerte, lesiones corporales, daños materiales, establecen que a los efectos de este seguro *no se consideran*

*terceros el cónyuge y los parientes del asegurado o del conductor hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.*

Es casi unánime en nuestro sistema la existencia de cláusulas de exclusión cuando se trata de daños entre cónyuges.

#### **IV. Jurisprudencia española**

*Sentencia del 1 de junio de 1999, Sección 6, Audiencia de Barcelona, ponente D. Pablo Llarena*<sup>8</sup>. En este caso, los esposos Concepción y Manuel se encontraban en trámites judiciales de separación conyugal. El día 2 de agosto de 1997 compareció Manuel en el domicilio de su esposa con la intención de recoger ropa para los hijos comunes, a fin de que éstos pudieran pernoctar en el domicilio en que habitaba en aquella fecha el marido.

Una vez en el domicilio, Manuel le manifestó a su esposa su intención de reanudar la convivencia matrimonial y dejar de lado el proceso de separación.

Ante la negativa de Concepción, Manuel violó a su esposa. Luego de sucedido el hecho, la cónyuge abandonó esa noche el domicilio y solicitó asistencia ambulatoria.

Durante los ataques referidos, Manuel tenía afectadas sus facultades intelectivas por una fuerte ingestión etílica derivada de su adicción al alcohol.

En cuanto a los fundamentos de Derecho, expresó el tribunal que los hechos narrados, y que han sido probados, son constitutivos del delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178, 179 y 74 del Código Penal. Agregó el tribunal que no puede apreciarse la concurrencia de eximente porque la defensa no acreditó que la adicción al alcohol de Manuel haya comportado un deterioro neurológico.

En virtud de la comisión de este delito se condenó a Manuel al pago de la suma de 2.000.000 de pesetas en concepto de daño moral.

<sup>8</sup> *Revista Jurídica de Catalunya*, IV, año 1999, p. 1131.

## V. Jurisprudencia americana

Por un largo tiempo, cuando la demanda consistía en el daño que se producía a la persona del otro esposo, la generalidad de los tribunales americanos insistieron en rechazar la pretensión. Específicamente se consideraba en la mayoría de los estados que los esposos no podían demandarse mutuamente por negligencia, difamación, etcétera<sup>9</sup>.

Con el paso del tiempo fueron abandonando la idea de rechazar las pretensiones entre ellos. Algunos estados todavía conservan la inmunidad sosteniendo que la existencia de la misma no viola ninguna garantía constitucional ni federal.

Aun en los Estados en que se mantiene la inmunidad, los tribunales han admitido algunas excepciones como, por ejemplo, admitir la demanda cuando el hecho se produjo y todavía no estaban casados<sup>10</sup>.

También en estos tribunales se han admitido demandas por daños causados por la conducción negligente cuando las partes se estaban divorciando<sup>11</sup> o la interposición de la acción después de muerto uno de los consortes<sup>12</sup>.

Algunos contratos de seguros en Estados Unidos contienen lo que se denomina la cláusula de exclusión familiar, de acuerdo a la cual la cobertura no rige para ningún miembro de la familia del asegurado que viva en la misma casa.

El estatuto de Nueva York expresa que el contrato de seguro no cubre los daños producidos al esposo a menos que expresamente el contrato lo considere y lo incluya.

<sup>9</sup> "W. Prosser & W. Keeton", Torts 902 (5th ed. 1984).

<sup>10</sup> "O'Grady vs. Potts", 193 Kan. 644, 396 P.2d 285 (1964) 14 Kan. L. Rev. 124 (1965); "Moulton vs. Moulton", 309 A.2d 224 (Me. 1973); "Dossier vs. Carney", 376 Mich. 532, 138 N.W.2d 343 (1965); "Hamilton vs. Fulkerson", 285 S.W.2d 642 (Mo. 1955); "Childress vs. Childress", 569 S.W.2d 816 (Tenn. 1978); "Juare vs. Juare", 128 Vt. 149, 259 A.2d 786 (1969).

<sup>11</sup> "Soedler vs. Soedler", 89 Ill App. 3d 74, 44 Ill Dec. 425, 411 N.E.2d 547 (1980); "Sánchez vs. Olivares", 94 NJ Súper 61, 226 A.2d 752 (1967); "Kobe vs. Kobe", 61 Ohio App. 2d 67, 399 N.E.2d 124 (1978).

<sup>12</sup> "Pickens Estate vs. Pickens", 255 Ind. 119, 263 N.E.2d 151 (1970); "Mosier vs. Carney", 376 Mich. 532, 138 N.W.2d 343 (1965).

Asimismo, los tribunales que adhieren a la inmunidad han admitido demandas de la esposa contra una sociedad de la cual su cónyuge es parte integrante.

1. *El "leading case" "Thompson vs. Thompson"*<sup>13</sup>

En "Thompson vs. Thompson", del año 1910, Jessie Thompson demandó contra su esposo, Charles, el resarcimiento de los daños provocados por su consorte por violencia y lesiones físicas. Los cargos contra el esposo eran un total de siete. Algunos de esos delitos fueron perpetrados mientras la demandante estaba embarazada.

Dos fueron los argumentos centrales de la defensa de Charles Thompson:

- Él no era culpable.
- En el tiempo en que esos delitos supuestamente fueron perpetrados la demandante y el demandado eran marido y mujer, y vivían juntos.

Jessie Thompson objetó el segundo argumento y el mismo fue desestimado.

El caso llegó hasta la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Los jueces se plantearon la siguiente pregunta: Si bajo el estatuto que gobernaba el Distrito de Columbia podía una mujer interponer acción para ser indemnizada por los daños producidos contra su persona por su esposo por los delitos de violencia física y lesiones.

La Suprema Corte del Distrito de Columbia sostuvo que tal acción no podía ser interpuesta a la luz del estatuto.

La Corte comienza describiendo cómo era la capacidad de la mujer casada antes de la modificación del estatuto y, entre otras cosas, dice que el hombre y la mujer eran considerados como una sola persona, si estaban casados. La mujer era incapaz de hacer contratos, adquirir propiedad o disponer de la misma sin el consentimiento de su esposo.

Muchos estados modificaron este régimen y la mujer comenzó a disponer de su propiedad, libre del control del marido.

El Código del Distrito de Columbia, a la luz del cual se resolvió

<sup>13</sup> "Thompson vs. Thompson", Supreme Court, 218 US 611 (1910).

este caso, fue, según la Corte, muy lejos en reformar las relaciones entre esposos. El artículo 1155 establece, con respecto al *poder de la mujer de comerciar y de demandar y ser demandada*: “Las mujeres casadas tienen el poder de negociar, contratar, decidir si negociar y contratar o no, y de demandar separadamente por sus contratos, y también demandar separadamente por el recupero, seguridad o protección de su propiedad, y por daños cometidos en su contra, tan libremente como si fueran solteras. Los contratos pueden ser hechos con ellas, y pueden ser demandadas separadamente por sus contratos, tanto por los hechos antes como después del matrimonio y por daños que no deriven de los contratos, cometidos por ellas antes o durante el matrimonio, tan libremente como si no fueran casadas; ningún marido es responsable por un contrato hecho por su esposa en su nombre ni por un daño cometido por ella sin su participación”.

La Corte sostuvo que si bien este estatuto modificó la capacidad de la mujer casada, su intención no fue darle el derecho de accionar contra el marido sino darle la posibilidad de mantener acciones de daños sin el necesario consentimiento de aquél.

Otros argumentos sostenidos por la Corte:

- La perpetración de esas atrocidades tiene una adecuada solución mediante el divorcio y petición de alimentos.
- El aceptar estas demandas abriría las puertas de miles de demandas entre esposos por diferentes causas.
- Un examen de esta clase de legislación muestra que la intención fue darle derechos a la mujer en el control de su propiedad y no darle derechos para accionar directamente contra el esposo.
- Los cambios deben estar redactados en el estatuto en forma clara, y, en este caso, el estatuto no menciona la posibilidad de que la esposa demande por daños y perjuicios a su consorte.
- Ella puede recurrir a las cortes criminales para obtener el castigo del esposo.

Por estos argumentos, la Suprema Corte de los Estados Unidos rechazó la demanda.

Sin embargo, la decisión no fue unánime y tres jueces votaron en disidencia.

La minoría argumentó lo siguiente: Los jueces sólo deben declarar lo que la ley es y no lo que, a su juicio, debe ser. Si el estatuto le da a la mujer la posibilidad de demandar por daños infringidos en su contra, y no excepciona el caso de que el marido haya infringido ese daño, entonces si él es quien comete el delito, puede ser demandado porque el estatuto no refiere ninguna excepción. No puede pensarse que el legislador le dio la posibilidad a la mujer casada de demandar a su marido por el daño hecho a sus bienes y le ha prohibido demandarlo por delitos más graves, como el presente.

2. *La Corte de Arizona ante el reclamo de los herederos de la víctima contra la sucesión de su padre*<sup>14</sup>

En julio de 1974, Joseph Ashford II estaba volviendo de su casa en Parker, Arizona, de Peach Prings, Arizona. Estaba acompañado por su esposa y dos de sus tres hijos, Michael, de 9, y Joseph III, de 12. Llegando al lago Havasu City se encontraron con una severa tormenta de lluvia. El señor Ashford condujo el vehículo hacia Acoma Boulevard, la principal calle de Lake Havasu City, a un punto donde se interceptaba con el canal de Jamaica, que estaba muy inundado. A pesar de las protestas de su mujer, el señor Ashford se metió en el agua donde el automóvil se hundió. Joseph Ashford III logró salir por una ventana, mientras que el señor, la señora Ashford y su hijo Michael se ahogaron.

Aunque tres acciones fueron interpuestas, la Corte sólo se interesa por las acciones de los hijos sobrevivientes, Joseph III y Elizabeth (que no iba en el auto), en contra de su padre muerto, por la muerte de su madre.

El estatuto de Arizona dispone que cuando la muerte de una persona es causada por un acto injusto, por negligencia o imprudencia, y el acto, negligencia o imprudencia es tal que si no hubiese ocurrido la muerte no hubiese sucedido, la parte perjudicada puede mantener una acción para recobrar daños de la persona o corporación que haya sido responsable.

El representante de Joseph Ashford II, Romo, basó su defensa en

<sup>14</sup> "Fernández vs. Romo", 132 Ariz. 447, 646 P.2d 878 (1982).

la doctrina de la inmunidad de los daños entre cónyuges. Sostuvo que esta acción se permite sólo si la parte dañada podría haber mantenido una acción por daños si hubiese vivido.

En Arizona, dice la parte demandada, no se permite la demanda entre esposos por daños derivados de la conducta negligente.

El fallo comienza por analizar cada uno de los argumentos de la tesis negativa y los rebate.

Éstos son, según el precedente que estamos analizando, cuatro:

- a) Unidad entre el hombre y la mujer.
- b) La necesidad de que el Estado preserve la armonía familiar.
- c) Prevenir el fraude.
- d) En Arizona rige el régimen patrimonial matrimonial de comunidad.

Veamos cómo rebate esta Corte cada uno de los argumentos de la tesis negativa.

- a) En primer lugar toma el argumento de la *unidad*. Históricamente, la unidad de los cónyuges era la base de la doctrina de la inmunidad entre esposos. Desde que los consortes eran considerados para el Derecho como uno, era lógico suponer que una parte de una persona no puede demandar a la otra parte de la misma persona. Pero, como bien señala el magistrado, el principio no puede seguir sosteniéndose con la evolución del Derecho, que le da a la mujer casada los mismos derechos que al marido. Ahora son personas diferentes.
- b) *Tranquilidad doméstica*. El magistrado duda que la armonía familiar sea dañada si se permiten este tipo de demandas. Una persona no demanda a su consorte si la armonía era perfecta. Pero más aún cae el argumento si hay una compañía de seguros que podría resultar responsable. Considerando la existencia de contrato de seguros, la Corte manifiesta que la armonía no estará afectada.
- c) *Fraude*. Otro argumento se refiere al caso de que los esposos se encuentren en connivencia para demandarse el uno al otro y obtener una ventaja pecuniaria de la compañía aseguradora, ventaja que beneficie a ambos.

El magistrado expresa que la Corte puede controlar esto, y los abogados de las compañías de seguros pueden detectarlo.

- d) El *régimen de comunidad*. Dice el magistrado en este caso que el cuerpo que llevó al matrimonio un esposo es propiedad separada. El resarcimiento por daños a su integridad personal debería pertenecer a él o ella como propiedad privada.

Este fallo tuvo una disidencia.

### 3. *Accidente de tránsito entre cónyuges. Demanda por daños*<sup>15</sup>

El 11 de febrero de 1976 Mrs. Helen Coffindaffer, apelante y demandante, estaba manejando un automóvil en la vía pública cuando fue chocada por otro manejado por su esposo, Bernard Coffindaffer. Ella sufrió supuestamente daños personales como resultado de esa colisión. Inmediatamente, su esposo dejó el auto y, según relata la actora, le pegó, causándole serias lesiones.

Antes del incidente, las partes estaban separadas y aguardando el resultado de la demanda de divorcio.

Mrs. Coffindaffer interpuso demanda en contra de su marido por dos motivos: por los daños producidos por el choque por negligencia del esposo y por los daños intencionales que él le provocó una vez producido el evento.

La Corte en primera instancia rechazó la demanda bajo la doctrina de la inmunidad entre esposos.

El tribunal de apelación sostuvo, entre otras cosas, que los cambios sociales, económicos y las condiciones gubernamentales, tanto como los problemas que esos cambios producen, deben lógicamente entrar en consideración y convertirse en factores que influyen en la construcción de una interpretación.

“No vemos restricción en el Código del Oeste de Virginia para que un esposo pueda demandar a otro desde que según dispone *una mujer casada puede demandar o ser demandada como si fuera soltera*”.

“Es difícil entender cómo una Corte que impide a la esposa demandar por daños personales a su cónyuge, hable e intente proteger la armonía familiar”.

<sup>15</sup> 161, W.VA, 557, 244 S.E.2d 338 (1978).

La puerta está ahora abierta para que esposos, que en un momento de negligencia de su consorte fueron dañados, puedan demandar el resarcimiento tanto contra ellos como contra la compañía de seguros y también recuperar los gastos médicos. Asimismo, y con más razón, puede demandar la indemnización cuando el daño se produjo intencionalmente.

Por ello, revocó la decisión del tribunal.

#### 4. "*Shook vs. Crabb*"<sup>16</sup>

En este caso, Lois A. Shook, albacea de la herencia de Kathryn Madison Crabb, demanda por daños seguidos de muerte contra quien fuera el marido, D. N. Crabb.

La demanda se basa en la imperiosa necesidad de abolir la doctrina de la inmunidad entre los cónyuges.

Kathryn y D. N. Crabb eran marido y mujer. Residían en Iowa. El 6 de enero de 1978 viajaban en un helicóptero piloteado por el marido, cuando el mismo chocó cerca de Campo en Texas. Ambos murieron como resultado de la colisión.

El tribunal de apelación expresó que es muy difícil entender cuál es el motivo que lleva a los jueces a rechazar una demanda de un esposo contra el otro por daños y a admitir una demanda entre consortes cuando se trata de defender la propiedad de uno.

Tampoco es fundamento sostener que no se deben permitir estas demandas pues alimentan el fraude contra las compañías de seguro. En ese caso, las compañías pueden limitar la cobertura o hacer los ajustes que crean necesarios en los contratos. Aparte, el sistema judicial y los jueces son capaces de distinguir cuándo una demanda es fraudulenta o no.

La Corte revoca la sentencia de la anterior instancia, admitiendo la demanda.

Este precedente tuvo la disidencia del juez Legrand. Expresa el juez disidente que sus razones para mantener la inmunidad son de orden público y esas razones son para los casos en que el daño se produce sólo por negligencia.

<sup>16</sup> 281 N.W.2d 616 (Iowa, 1979).

“Permitir a los esposos demandarse mutuamente por daños en virtud de la conducta negligente de uno de ellos, es contrario a la familia que es el baluarte de la sociedad”. ¿Cómo pueden los jueces evitar el fraude y la connivencia entre esposos cuando el defendido gana perdiendo y las dos partes persiguen el mismo resultado?

5. *Demanda de la cónyuge por las lesiones causadas negligentemente por el esposo*<sup>17</sup>

Linda Miller resultó lesionada en un accidente de tránsito en un camión, ocurrido el 3 de noviembre de 1982. Su marido, un conductor de camiones, era quien manejaba el vehículo. En el momento en que se produjo el accidente, el esposo estaba transportando unas mercaderías para una empresa Pre-fab por la que estaba contratado. La actora estaba acompañando a su marido en el viaje de trabajo.

El mismo 3 de noviembre y antes del accidente, Miller, en nombre de Pre-fab, contrató con Davis Transport Inc. el transporte de unas mercaderías para llevarlas de Montana a Minnesota. El accidente ocurrió en ese trayecto y como consecuencia del mismo la actora fue lanzada del camión y quedó parapléjica.

Demandó en el año 1984 a Fallon County por negligencia en el diseño de la ruta; a su esposo por negligencia y falta de cuidado en el manejo del vehículo; a la empresa Davis, por responsabilidad indirecta por la conducta negligente de su esposo, y a Pre-fab por la misma razón.

Los tres codemandados, excepto Fallon County, defendieron su postura a través de la doctrina de la inmunidad. Pre-fab, asimismo, defendió la suya sobre la base de una exención de responsabilidad firmada por la actora antes del accidente.

En lo que se refiere a la abolición de la doctrina de la inmunidad, el tribunal revocó la sentencia de primera instancia que rechazaba la demanda sobre la base de que la armonía familiar no se vería destruida pues, si se tratara de una familia fuerte, sobreviviría la acción, y si fuera una familia débil, la misma no podría ser fortalecida por el sistema jurídico.

<sup>17</sup> Mont. 721 P.2d 342 (1986).

## 6. *La Corte de Delaware frente a los daños entre esposos*<sup>18</sup>

La demanda en el presente caso es interpuesta por Catherine Alfree contra su esposo por los daños que sufriera en un accidente de tránsito en el que ella era acompañante del rodado conducido por su cónyuge.

Las partes estaban separadas al momento del pleito, pero no divorciadas.

La Corte de Delaware persistió en mantener la doctrina de la inmunidad con dos fundamentos:

1. Se abrirían las puertas para todo tipo de demandas entre esposos, lo que afecta gravemente el interés público.
2. El matrimonio tiene atributos protectorios no disponibles en otras instituciones, tales como el deber de contribución, el derecho de heredar, el derecho de que los bienes de un esposo no sean atacados por los acreedores del otro, etcétera. De esta manera, el orden público matrimonial es muy complejo y debe tener tratamiento separado.

La Corte consideró que el problema no es de determinación judicial sino legislativo, por ello decidió confirmar la sentencia apelada, rechazando la demanda.

## 7. *"Small vs. Rockfeld"*<sup>19</sup>

La demandante, Clara Small, interpuso acción de daños en representación de su nieto, por la muerte de su hija, contra el esposo sobreviviente de aquélla.

El esposo defendió su postura con la doctrina de la inmunidad familiar.

Ambas partes reconocen como ciertos los siguientes hechos: Mientras el matrimonio se encontraba navegando en la Florida, tuvieron que evacuar la lancha en la que iban pues se dio vuelta debido a las grandes olas existentes. Según el demandado, ambos cónyuges acordaron nadar hasta la orilla pero la mujer no lo hizo y murió congelada.

La madre de la víctima alega que el esposo maliciosamente planeó la muerte de su esposa y que cuando la llevó a navegar debía haber

<sup>18</sup> Supreme Court of Delaware, "Alfree vs. Alfree", 14-11-79.

<sup>19</sup> Supreme Court of New Jersey, 17-12-74.

sabido que las condiciones climáticas no lo aconsejaban; alegó también que debió chequear si su lancha estaba en orden. Él debió prever esas circunstancias pues sabía que su esposa era una mala nadadora y en el momento, y al estar embarazada de cinco meses, estaba discapacitada para nadar. Lo acusa de haberla abandonado en las aguas del Golfo de México y retornar él solo. Expresa que su conducta fue groseramente negligente.

El accionado admite su negligencia, pero se ampara en la doctrina antes mencionada.

El tribunal, haciendo lugar a la demanda y revocando la sentencia de la instancia anterior, expresó que no hay riesgo de fraude y convivencia, y no hay peligro de alterar la armonía familiar desde que la madre está muerta y la armonía ya fue interrumpida.

El niño es muy joven para entender y se encuentra al cuidado de los tíos, que posiblemente lo adopten. Pero cuando alcance una edad en la que entienda, va a saber, sin duda, acerca del hecho y va a querer conocer la verdad.

La disidencia de los jueces Clifford y Conford, entre otras cosas, señala que la doctrina de la inmunidad familiar todavía sobrevive en Nueva Jersey, excepto en los casos de accidentes de automóviles.

- Existe la esperanza de una recomposición en la relación padre-hijo que aquí está amenazada por el proceso judicial. La preservación de esa relación es un valor social.
- El niño no es capaz de decidir si quiere o no quiere accionar, hay una intrusión en los intereses ajenos.
- La abuela no está en condiciones emocionales de accionar en este caso, en beneficio del nieto, desde que ella lo que persigue es el castigo del culpable y no el resarcimiento del niño.
- Es obvia la necesidad del niño de tener una buena relación con su padre, la que se lesionaría en este caso.

## **VI. Demandas de los hijos contra los padres**

De la misma forma en que planteamos si puede un esposo demandar al otro, ya sea por daños o por incumplimiento de contrato, y llegamos

a la conclusión de que sí lo puede hacer, también pensamos que los hijos pueden demandar a sus padres.

Es más común ver en los tribunales argentinos demandas por daños y perjuicios de los hijos contra los padres que las demandas de los cónyuges entre sí.

Los casos más comunes son los daños y perjuicios que se reclaman por el no reconocimiento del hijo, que generalmente se intentan con la acción de filiación.

En la jurisprudencia de nuestros tribunales<sup>20</sup> encontramos argumentos contrarios a la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Así se ha dicho que lo que en el Derecho común resulta regla general, esto es, que todo daño genera un interés legítimo que procura como meta principal su resarcimiento, en el Derecho de Familia aparece atemperado, aminorado por un deseo tácito que ronda todo el sistema de que ese resarcimiento sea postergado en aras de favorecer la unidad familiar.

Respecto de los argumentos referidos a la no aplicación de las normas de la responsabilidad civil al Derecho de Familia a fin de procurar la unidad familiar, cabe preguntarnos de qué unidad familiar estamos hablando cuando fue el hijo quien debió concurrir ante la justicia a fin de quedar emplazado como tal o cuando fue el hijo el que sufrió el daño por el accionar, ya sea negligente o doloso, de los padres.

Un caso de la justicia norteamericana del año 1891<sup>21</sup> sostuvo que una hija menor no podía demandar por daños a la madre por su injusto confinamiento en un asilo de insanos. En "Roller vs. Roller"<sup>22</sup> se sostuvo que la hija no podía demandar por daños a su padre por haberla violado.

En la jurisprudencia y doctrina americanas los argumentos utilizados para rechazar este tipo de acciones son similares a los utilizados para las demandas entre esposos. Básicamente la "armonía familiar" es la razón fundamental. También se utiliza el del fraude a la compañía aseguradora en el caso de connivencia entre padres e hijos.

<sup>20</sup> SCJBA, 10-11-98, J. A. del 17-11-99, p. 24.

<sup>21</sup> "Hewlett vs. George", Miss. 703, 9 So 885 (1891).

<sup>22</sup> 37 Wash. 242, 79 P. 788 (1905).

Pero la jurisprudencia ha ido variando en Norteamérica y en algunos estados se permite a los hijos demandar a los padres por los daños producidos intencionalmente<sup>23</sup>. Asimismo, algunos tribunales han admitido las demandas por accidentes de tránsito con el argumento de que, en virtud de estar el padre asegurado, la armonía familiar no se vería perjudicada<sup>24</sup>.

La mayoría de las cortes americanas ha considerado que hay ciertas clases de casos en los que es indeseable permitir la demanda de un hijo contra el padre o la madre<sup>25</sup>. Por esa razón es difícil, si no imposible, clasificar a los estados como abolicionistas o no de la inmunidad en este tipo de acciones.

Los tribunales en algunos estados distinguen entre los daños ocurridos en el ejercicio de la autoridad paterna, en los que la inmunidad persiste, y otra clase de daños que no quedan amparados por la inmunidad.

Cuando el niño es dañado en un accidente de automóvil por la conducción negligente del padre o la madre, la Corte generalmente parece sostener que no se está aquí en ejercicio de la autoridad paterna y que, en consecuencia, el padre es responsable. Otro caso más difícil es aquel en el cual el hijo sufre un daño por la falta de cuidado de sus padres. En estos supuestos los tribunales han decidido en los dos sentidos: algunos los han encontrado responsables<sup>26</sup> mientras otros se decidieron por la no responsabilidad<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> "Small vs. Rockfeld", 66 N.J. 231, 330 A.2d 335 (1974).

<sup>24</sup> "Hebel vs. Hebel", 435 P.2d 8 (Alaska, 1967).

<sup>25</sup> "Goller vs. White", 20 Wis.2d 402, 122 N.W.2d 193 (1963), en donde se sostuvo que un hijo puede demandar a sus padres por el daño sufrido por su negligencia, salvo: 1) si el daño se produjo en el ejercicio de autoridad paterna sobre el hijo, o 2) si el daño se produjo en el ejercicio de la decisión paterna de decidir respecto de la alimentación, vestimenta, habitación o servicios médicos u odontológicos.

<sup>26</sup> "Cummings vs. Jackson", 57 Ill App. 3d 68, 14 Ill Desc. 848, 372 N.E.2d 1127 (1978): la madre fue encontrada responsable por no cortar los árboles cercanos a su casa. El conductor de un automóvil atropelló a su hijo por no poder verlo por culpa de estar obstaculizada la visión en virtud de los árboles.

<sup>27</sup> "Schneider vs. Coe", 405 A.2d 682 (Del., 1979). Según este precedente, el hijo no podía cobrar una indemnización de sus padres por el daño sufrido al caer de un caballo por la falta de supervisión de ellos. "McCallister vs. Sun Valley Pools Inc.", 100 Mich. App. 131.298 N.W. 687 (1980); según este fallo, el hijo no puede

El argumento muchas veces utilizado en pos de la inmunidad es que permitir este tipo de reclamos sería como invadir la esfera de los padres en la educación, cuidado y protección de sus hijos. Pero esta conclusión frecuentemente olvida que la atención debe focalizarse en el hijo y sus intereses, y no en la posible intrusión en la privacidad familiar.

1. *Demanda de la hija contra sus padres por daños ocurridos en un accidente*<sup>28</sup>

Sharon Streenz, mediante su tutor ad litem, demandó a sus padres por daños ocurridos en un accidente de tránsito.

Sharon era pasajera de un auto manejado por su madre. Debido al sol, que no la dejaba ver nada, esta última perdió el control del auto y se salió de la ruta chocando con un árbol. La niña sufrió daños en su rodilla.

La cuestión a decidir es si la doctrina de la inmunidad familiar es aplicable en este caso.

La actora sostiene que la doctrina es aplicable sólo en los casos en que está involucrado el ejercicio de la autoridad paterna y la disciplina pero no en éstos en que el daño se produjo por negligencia.

El tribunal decide confirmar la sentencia que rechaza la demanda fundado en el precedente "Purcell vs. Frazer" en el cual tres niños iban en el auto manejado por su padre y se vieron lesionados en un accidente. En ese caso, el tribunal mantuvo la aplicación de la doctrina de la inmunidad.

Por ello, rechazan la demanda.

Sin embargo, el juez Howard votó en disidencia.

Comenta que esta doctrina, nacida aproximadamente en 1891, se basa en que el litigio entre los miembros de una misma familia es contrario al orden público.

demandar por daños a sus padres cuando el mismo lo ha sufrido en una piscina peligrosa de propiedad de los mismos. El tribunal opinó que estaba dentro del ejercicio de la autoridad discrecional paterna el proveer al hijo la habitación que ellos consideren.

<sup>28</sup> "Streenz, Sharon vs. Streenz, James and Streenz, Ramona", Court of Appeals of Arizona, 18-11-69.

Cuando existe compañía de seguros y el derecho del padre de imponer disciplina a su hijo no está involucrado, la doctrina de la inmunidad debe ceder.

Es injusto sostener que un hijo emancipado puede demandar al padre por daños y el que no lo está no puede.

Dice que existen sólo dos casos, mencionados por la Corte de Wisconsin, en los cuales la inmunidad debe subsistir. Ellos son:

- Cuando el acto negligente lo es en ejercicio de la autoridad parental.
- Cuando la alegada negligencia envuelve el ejercicio discrecional ordinario de la autoridad de los padres, con respecto a la provisión de comida, ropa, habitación, asistencia médica, etcétera.

## 2. *Demanda de los hijos contra sus madres por abandono*<sup>29</sup>

Los actores eran cinco menores desde los dos años hasta los ocho que, a través de un tutor, accionaron contra sus madres por daño psíquico y emocional por no haber las demandadas cumplido con los deberes a su cargo.

Los actores estaban bajo la custodia de la División de Servicios de Niños del Departamento de Recursos Humanos del Estado de Oregon.

Los motivos de las demandas son, entre otros, los siguientes:

- La demandada intencional y maliciosamente, y con indiferencia cruel no proveyó al actor de cuidado, custodia, afecto, confort, compañía, contacto regular y visitas.
- Ella ha violado su deber de mantener al actor contenido en ORS 109.010 n1, quien, debido a su edad y situación de indigencia, es pobre e incapaz de trabajar para mantenerse.
- Lo abandonó al niño y abdicó de su responsabilidad de cuidado.
- Lo privó al niño de amor, cuidado, afecto y confort.

*La legislación* de Oregon dispone que los padres están obligados a mantener a sus hijos, quienes son pobres e incapaces de trabajar y mantenerse ellos mismos, y los chicos deben mantener a sus padres en iguales circunstancias (ORS 109.010. *Duty of support* –“deber de manutención”–).

<sup>29</sup> Suprema Corte de Oregon, 284 Ore. 705; 588 P.2d 1105; 1978 Ore. Lexis. 1275.

También dispone que una persona comete el crimen de abandono de un niño si siendo el padre o la madre, el tutor u otra persona con deberes legales respecto del menor de 15 años, deja al niño en cualquier lugar con intención de abandonarlo (ORS 163.535, *Abandonment of a child* –“abandono del niño”–).

El abandono de un niño es un delito mayor (*felony*).

La Corte en este caso comienza aclarando que es necesario resaltar que este tipo de reclamos por incumplimientos entre padres e hijos son diferentes de las acciones por daños que usualmente son interpuestas por los hijos en contra de sus padres.

Los actores admiten que no pueden citar casos en los que se haya permitido recuperar daños por perjuicio emocional y psíquico como resultado de la ausencia de cuidado y manutención.

La legislación, reconociendo la necesidad del cuidado paterno, ha elaborado una vasta serie de mecanismos de protección para reivindicar esos derechos. Pero nunca estableció, sin embargo, una causa de acción por daño emocional cuando el padre no puede o no quiere cumplir con los deberes a su cargo.

La intención es poder restablecer la relación entre padres e hijos y, en el caso de que no sea posible, se provee legalmente de la posibilidad de que el hijo pueda ser criado por otra familia, si concurren circunstancias extremas que lo ameritan.

Si se permitieran este tipo de acciones, los hijos de padres divorciados siempre podrían accionar por daño psíquico.

Por ello, el tribunal en su mayoría confirma el fallo de la anterior instancia, rechazando la demanda.

*Disidencia:* El riesgo de daño en chicos que sufren el trauma de la separación es sustancial, especialmente para aquellos separados entre los seis meses y los tres años hasta los seis años y la pubertad.

Los expertos en psicología han dicho que el niño abandonado por su padre no sólo sufre trauma y ansiedad sino que esto repercutirá en sus futuras relaciones, en el sentido de que no tendrá confianza. Si son adoptados puede suceder que descarguen con sus nuevos padres el resentimiento que tienen con los abandonados.

Los adultos que sufrieron de chicos el abandono pueden llegar a identificarse con sus padres y tratar a sus hijos como ellos fueron tratados.

Esto implica, según el juez disidente, un costo alto para el Estado.

Los padres tienen el deber de no abandonar a sus hijos en el Estado de Oregon. Esto es reconocido por la opinión de la mayoría. Pero no le reconoce la opinión de la mayoría la acción o el remedio al hijo para el caso del incumplimiento intencional de este deber.

La unidad familiar no puede ser un argumento para rechazar estas demandas pues, si es verdad que los padres abandonaron a sus hijos, esa unidad fue quebrada por ellos mismos.

Es incongruente pensar que los legisladores calificaron de delito el abandono y estuvo en su intención prohibir la acción civil de daños por aquél.

## VII. Conclusiones

En virtud de lo expuesto a través del presente, consideramos que:

1. No puede quedar impune el daño causado al cónyuge por el hecho de que se haya realizado durante el matrimonio.
2. La institución matrimonial no debe convertirse en un sitio donde se hiera y se injurie con absoluta gratuidad.
3. Las reparaciones deben ser otorgadas en el marco de los principios generales de la responsabilidad civil que rigen nuestro ordenamiento.
4. Los cónyuges están legitimados para reclamarse daños contractuales y extracontractuales durante la vigencia del matrimonio.
5. Las compañías aseguradoras no pueden eximirse de pagar los daños causados por los integrantes de la familia salvo que medie fraude.
6. El pagar indemnizaciones por daños patrimoniales derivados de relaciones contractuales o extracontractuales no altera la unidad familiar.
7. La falta de pago de estas indemnizaciones, sobre todo las de origen contractual, puede producir quebrantos económicos de alguno de los cónyuges e injustificados perjuicios a sus acreedores.